



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CONTROL Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS PROCESOS
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SUJETOS A APLICACIÓN
EXTRATERRITORIAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Jorge Hugo Carvajal Gaibor

Autor
Juan Ramón Yépez Borja

Año
2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Jorge Hugo Carvajal Gaibor
Doctor en Ciencias Jurídicas
C.C.: 020147315-4

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Juan Ramón Yépez Borja

C.C.: 040135363-6

AGRADECIMIENTO

Al Doctor Jorge Hugo Carvajal por brindarme todo su apoyo y transferencia de conocimiento a lo largo del trabajo de investigación.

DEDICATORIA

A mi madre y padre, por ser los pilares fundamentales de cada una de las decisiones que he tomado en mi vida, por ser quienes me apoyan incondicionalmente, por darme todo el amor y comprensión necesarios para forjar mi vida.

RESUMEN

La Contratación Pública, es un sistema para contratar bienes o servicios para el Estado mediante el cual un gobierno satisface una finalidad pública con fines principalmente gubernamentales. La Contratación Pública Internacional pretende propiciar mecanismos para la eliminación de barreras comerciales permitiendo que los oferentes y proveedores extranjeros puedan participar en una o varias actividades.

En el Ecuador, la Contratación Pública es uno de los principales mecanismos que tiene por objeto dinamizar la economía en el país ya que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de sus fines.

El problema del Ecuador para la resolución de conflictos extraterritoriales que nos menciona la Ley Orgánica de Contratación Pública es que su ámbito de aplicación es dentro del territorio nacional, para solucionar este problema muchos países han adoptado diferentes mecanismos de solución, este trabajo tiene como finalidad realizar una mejora al procedimiento para resolución de conflictos extraterritoriales basadas en la legislación ecuatoriana.

ABSTRACT

The Ecuadorian Public Procurement system facilitates the procurement of goods and/or services for the State. Through this tool, the Government fulfills public governmental purposes. On the other hand, International Procurement is designed to facilitate the elimination of trade barriers. In this way, allowing local and international suppliers to participate in different procurement activities.

In Ecuador, the Public Procurement system aims to boost the economy by allowing the Public Administration to fulfill its purposes.

However, there are problems that Ecuador faces with this system in terms of settling extraterritorial conflicts. That given that the Public Procurement Organic Law only applies within Ecuadorian territory. In order to solve that problem, several countries have adopted different settlement mechanisms. This work focuses in improving the procedures for resolving extraterritorial conflicts based on the Ecuadorian law.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	3
1.1 Generalidades y conceptos.....	3
1.1.1 Antecedentes Históricos	3
1.1.2 Conceptos.....	7
1.1.2.1 Sector Público	8
1.1.2.2 Función Pública.....	9
1.1.2.3 Servicio Público.....	9
1.1.2.4 Administración Pública	9
1.1.2.5 Contratación Pública	11
1.1.2.6 Contratación Pública Internacional.....	12
1.2 Características.....	14
1.2.1 Formalidad.....	15
1.2.2 Control	15
1.2.3 Ausencia de libertad	17
1.2.4 Transparencia en los procedimientos de adquisición	17
1.2.5 Publicidad	18
1.2.6 Procedimiento Específico	18
1.3 Normativa en contratación pública internacional.....	18
1.3.1 Acuerdo de Contratación Pública de la OMC	20
1.3.2 La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas.....	24
1.3.3 Las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública	27
1.3.4 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	31
1.3.5 El Mercosur y la Contratación Pública	34
1.3.6 La Comunidad Andina y la Contratación Pública	36
1.3.7 Principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico para aumentar la integridad en la contratación pública	39
1.3.8 La Contratación Pública en la UNASUR.....	39
1.3.9 Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción	42
1.3.10 Normas sobre Adquisiciones con préstamos del BIRF y Créditos de la AIF del Banco Mundial (2011).....	44
1.3.11 Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.....	48
1.4 Resolución de conflictos	50
1.4.1 El Conflicto.....	50
1.4.2 Resolución de Conflictos	52

1.4.2.1	Generalidades	52
1.4.2.2	Resolución de Conflictos en la legislación nacional (Normativa)	53
2.	CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA DESDE EL AÑO 2008	76
2.1	Conceptos de Contratación Pública	76
2.2	Elementos de contratación pública	80
2.3	SERCOP y sus atribuciones en la contratación pública	86
2.3.1	Representación, designación y atribuciones	86
2.3.2	El directorio, sus funciones y las atribuciones del director ejecutivo	87
2.3.3	Financiación	88
2.3.4	El control y evaluación del sistema	88
2.3.5	Herramientas del sistema. Los Registros	89
2.4	Sistema de contratación pública	89
2.4.1	Generalidades	89
2.4.2	Concepto, entidades que lo forman y órganos competentes	91
2.4.3	Objetivos	92
2.5	Ushay, análisis del módulo informático de Contratación Pública	92
2.6	Contratación extraterritorial	96
3.	CONTRATACIÓN PÚBLICA EXTRATERRITORIAL EN EL DERECHO COMPARADO	101
3.1	Chile	101
3.2	Argentina	102
3.3	Colombia	103
3.4	Semejanzas y diferencias con la Legislación Ecuatoriana	105
3.4.1	Territorialidad	106
3.4.2	Extraterritorialidad	109
3.5	Balances Comparativos	111
3.5.1	Principio de Territorialidad	111
3.5.2	Extraterritorialidad	111

4. MECANISMOS Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EXTRATERRITORIAL MEJORAMIENTO O CREACIÓN DEL PROCESO	112
4.1 Herramienta del Sistema de Contratación Pública	112
4.1.1 En el Ámbito Nacional.....	112
4.1.2 En el Ámbito Internacional	113
4.2 Procedimientos.....	114
4.3 Prórrogas de Tiempo	133
4.4 Sanciones	133
4.5 Garantías	134
4.6 Anticipo	135
4.7 Resolución de Conflictos	135
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	136
5.1 Conclusiones	136
5.2 Recomendaciones.....	138
REFERENCIAS	140
ANEXOS	147

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Parte y miembros del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC	21
Tabla 2: Países que han utilizado la Ley Modelo para reformar su normativa interna de contratación pública	26
Tabla 3: Diferencias entre contratos civiles y administrativos	79
Tabla 4: Principio de territorialidad en la contratación pública.....	108
Tabla 5: Extraterritorialidad en la legislación comparada	110
Tabla 6: Legislación del principio de territorialidad.....	111
Tabla 7: Comparativo de países que permiten legislación externa	111
Tabla 8: Procedimiento para la adquisición de productos en el extranjero e importaciones	115

INTRODUCCIÓN

La contratación pública ocupa un lugar muy importante dentro del comercio internacional, debido a que la compra de bienes y servicios por organismos oficiales, tienen importantes repercusiones sobre las partes involucradas de la sociedad. El propiciar mecanismos que fomenten el uso eficiente de los recursos, la optimización de los procedimientos y la transparencia en la participación de los mismos, han contribuido a que se amplíe el mercado de la oferta y demanda de bienes y servicios a nivel nacional e internacional.

En el ámbito internacional se considera al sistema de compras públicas como un régimen de contratación abierto, transparente y no discriminatorio, según lo establecido por la Organización Mundial de Comercio en su Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública.

La discusión actualmente se centra en el procedimiento adecuado que debe emplearse en cuanto a las contrataciones que se realizan a nivel internacional, mismos que deben tener como características principales la formalidad, publicidad y control.

Son muchos los países que han optado por tener leyes en materia de contratación pública; otros han reformado las ya existentes para adaptarse a la realidad comercial de cada uno de estos.

En el Ecuador se establecen los mecanismos de la Contratación Pública con el apareamiento de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el 2008, misma que se aplicará dentro del territorio ecuatoriano. En este sentido, se generó la pregunta que motiva a esta investigación: ¿Cuál es el procedimiento de control y resolución de conflictos en los procesos de contratación pública sujetos a aplicación extraterritorial?

Para lograr el objetivo planteado, se ha desarrollado el presente trabajo el cual se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se realiza una introducción hacia la contratación pública, las generalidades y conceptos, características, normativa en contratación internacional y resolución de conflictos. El segundo capítulo se enfoca en la Contratación Pública ecuatoriana desde el año 2008, del Servicio Nacional de Contratación Pública como su ente regulador, sus atribuciones y el Sistema Oficial de Contratación del Estado. En el tercer capítulo se realiza el análisis de la Contratación Pública Extraterritorial en el derecho comparado en la misma que se toma como referencia los países de Chile, Argentina y Colombia sus semejanzas y diferencias con la legislación ecuatoriana. Finalmente, en el cuarto capítulo se establecen los mecanismos propuestos de control y solución de conflictos de la Contratación Pública Extraterritorial a aplicarse como parte de la normativa ecuatoriana para las instituciones.

1. CAPÍTULO I. CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 GENERALIDADES Y CONCEPTOS

1.1.1 Antecedentes Históricos

Necesario es recorrer la evolución histórica de la contratación administrativa, aun cuando sea sucintamente, para poner de relieve que se trata de un hecho que si bien tuvo su desarrollo en la época moderna, en las precedentes no fue desconocida, así en la época romana una de las actividades previstas en la legislación era la recaudación de impuestos los mismos que, en una buena proporción, servían para la construcción de vías, de acueductos, de sistemas de riego, de monumentos y palacios de servicio público, que serían manifestaciones de una actividad organizada de la administración pública romana en la que la figura contractual no pudo haber sido desconocida.

Una evidencia de lo anteriormente manifestado se tendría en la Constituciones de Diocleciano en las que se encuentran “normas sobre organización administrativa. En el Corpus Iuris figuran los títulos tales como: de *iure fisci*, de *aquis*, de publicanos, de vía pública y otros” (Granja, 2002, p. 26).

En la edad media, el feudalismo poco se adelantó en el desarrollo de la actividad administrativa y consecuentemente en lo que podría considerarse contratación pública. No obstante en lo que se llegó a conocer como los Estatutos municipales existían normas atinentes a los administradores públicos.

A raíz de la Revolución Francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental: la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas. Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades

específicamente públicas (...) Estas normas, al irse desarrollando e incrementando con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo, en cuanto al derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho Privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares. (Duque, 2012, p. 1).

En aquellos primeros momentos del Derecho Administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar (...) Para ello, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución (...), cuyas etapas más significativas fueron las siguientes:

1. Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía, la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.
2. El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo. Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo

desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

3. Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración. (Duque, 2012, p. 2).

En el caso del Ecuador lo que es hoy la contratación pública, tiene sus principios en la ley de hacienda de 1927 en el gobierno de Isidro Ayora y posterior reforma de 1938, que era la que se encargaba de las compras de insumos, materiales que necesitaba el gobierno para funcionamiento, exigía al estado la licitación para ciertos contratos que superaba la cuantía, esta también pedía que intervenga el Contralor General de la Nación, para la celebración de contratos que necesiten egresos públicos. (Lagualpillo, 2012, p. 1)

Esta ley sufre varios cambios que se van incorporando como la codificación en 1960, que contempla el requerimiento de contar con una partida presupuestaria que disponga de los fondos necesarios para la celebración del respectivo contrato, que exigía el egreso de fondos públicos, el procedimiento era el de licitación, que debía contar con las respectivas bases que tenía que ser publicadas en el registro oficial o un periódico debidamente aprobadas por la Junta de Licitaciones.

La ley de licitaciones de 1964, después de sucesivas reformas se publica la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974, que incorporo la tradicional figura "exorbitante", del derecho administrativo, de la "terminación unilateral y anticipada del contrato" además mantenía los

principios de la licitación, bases, partida presupuestaria, debidamente autorizada por la entidad contratante.

La Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, luego de varias transformaciones es substituida por la Ley de Contratación Pública, expedida en 1990 en la que constaba las normas específicas internas que aplican unas cuantas instituciones públicas, existen leyes para contrataciones especiales, como las contrataciones petroleras, sujetas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Petroecuador y otras normas específicas para la contratación de la ampliación del oleoducto transecuatoriano.

La primera Ley de Consultoría se publicó en 1998, determinaba los procedimientos para poder contratar con empresa encargadas de realizar encuestas de servicios, datos para las instituciones del estado. (Lagualpillo, 2012, p. 1)

En el año 2001, la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios (no regulados por la Ley de Consultoría), completan el ámbito de la nueva Ley de Contratación Pública que se expide, excluyéndose los contratos de régimen especial.

La Ley de Contratación Pública correspondiente al nuevo milenio tendría Influencia del nuevo derecho administrativo europeo y, por otra parte, en la creciente influencia normativa del "*commow law*" -el derecho común sajón- y de la contratación pública global -incluyendo la contratación de la Unión Europea-, que llegan a través de los contratos modelos del Banco Mundial (BIRF) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Estos "contratos modelos" se apoyan a nivel mundial en esquemas como los de la Comisión de naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y especialmente de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), con sede en Suiza. El contrato genérico modelo para obras grandes y medianas de los organismos multilaterales de crédito citados (BID y BIRF) se basa en el contrato modelo FIDIC, con algunas modificaciones (Pérez, 2006, p. 466).

La Ley de Contratación Pública del 2001 y que se mantendría con algunas reformas vigente hasta el año 2008, como describe Pérez no fue ajena a la influencia de la contratación global a través de los organismos internacionales y de crédito.

La Contratación Pública en el Ecuador, normada a través de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas y Posteriormente la Ley de Contratación Pública, cumplió y agotó su tarea por más de treinta años. La dinámica social, la globalización, la evolución de las telecomunicaciones y la revolución de la información, preveía un cambio urgente para responder a las nuevas interrelaciones. (Vaca, 2015, p. 13).

Y, finalmente, para el año 2008 se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante (LOSNCP), publicada en el RO 395 de 4 de agosto del 2008 y su Reglamento General en adelante (RGLOSNCP) (DE-1248. RO-S 399: de 8 de agosto del 2008), cuerpo normativo, este segundo, que ha sido reformado (DE 1499 RO No. 916, 20 de marzo del 2013).

1.1.2 Conceptos

Se empezará por señalar que el Estado y su sector público se sirven de la administración pública, para prestar servicios públicos, siendo la contratación pública uno de los mecanismos legales para conseguir ese fin, cuando se pacta la ejecución de obras, la prestación de servicios o la adquisición de bienes o suministros, requiriendo del concurso de personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, y nacionales o extranjeras para la provisión; y así satisfacer necesidades de interés general. Lo hace generalmente, entonces, a través de una relación contractual, tanto para ejecutar los servicios por su cuenta como para hacerlo indirectamente a través del sector privado (terceros, concesionarios, arrendatarios, etc.).

Lo anterior hace necesario que se comprenda con claridad algunos conceptos de la Administración Pública, como los siguientes:

1.1.2.1 Sector Público

Se llama sector público al conjunto que forman las corporaciones, las instituciones y las oficinas del Estado. Debido a que el Estado es una forma de organización de la sociedad, se entiende que aquello que es estatal es público, en el sentido de que no pertenece a una persona o una empresa sino que es propiedad de todos los habitantes. (Definición.de, s.f., párr. 2)

Está claro entonces de la definición citada que el sector público es sinónimo de estatal, comprendiendo los organismos y entidades estatales o creadas para prestar servicios públicos.

La Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 225 al referirse al sector público señala:

El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Como se ve las características esenciales para determinar que comprende el sector público, están dadas por la función que cumplen las entidades u organismos que lo integran; esto es una función pública, de interés general; pero, además, por la naturaleza del servicio que prestan que debe ser público y

todo lo cual en ejercicio de la potestad estatal de la que están revestidos. Debiendo aclarar que pueden haber entidades privadas que presten servicios públicos, en virtud de algún convenio o por disposición normativa, pero que no comprenderían el sector público. Ejemplo el transporte urbano privado que presta un servicio público o los servicios públicos que se los presta a través de los contratos de concesión.

1.1.2.2 Función Pública

Lo señalado anteriormente lleva a definir que es la función pública, debiendo señalar que consiste en los “modos primarios de manifestarse la soberanía, a través de las funciones del Estado” (Diez, 1967, p. 187). Es decir la función pública representa el ejercicio de una potestad, expresada en la capacidad del Estado de ejercer la soberanía atribuida por el pueblo.

1.1.2.3 Servicio Público

Para Bielsa, el servicio público es “toda acción o prestación, realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”. (Bielsa, 1964, p. 463)

Cabe diferenciar entre función pública y servicio público, la primera es lo genérico, mientras que el segundo es lo concreto. El servicio se caracteriza frente a la función pública por ser sustancialmente una actividad técnica, prestadora y asistencial; en tanto que la función pública representa el ejercicio de una potestad, dentro de la cual está el servicio público.

1.1.2.4 Administración Pública

Corresponde ahora referirse a la Administración Pública, comprender qué es y, a su vez, explicar en qué consiste que esta administración tenga la facultad, entre otras, de contratar.

Por administración se entiende el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de atender los servicios que él presta. Al analizar la definición aparecen un aspecto instrumental y orgánico (por eso se habla de órganos, aunque también de dependencias, entidades, oficinas, agencias, etc.) y otro finalista: el aparato administrativo existe para ejercer la intervención estatal y para atender a la prestación de los servicios a su cargo. Ellos dependen normalmente de la rama ejecutiva o gobierno. (Vidal, 1994, p. 1)

La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo "administrar" significa "servir a" (administrare, ad ministrare, servir). Así, la administración se presenta como una "acción" encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el "bien común" y la "justicia distributiva" hablamos de "Administración Pública"... La función administrativa objetivamente, es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que lo realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica... cuando la gestión y el servicio lo son en función de interés colectivo, estaremos en presencia de Administración Pública (Dromi, 2001, p. 148-149)

De los criterios expuestos, podemos concluir que Administración Pública comprende el conjunto de actividades que tiene un fin y se expresan a través del acto administrativo respectivo (acto de gobierno) sin importar de qué órgano emanan (Función Ejecutiva, Función Legislativa, Función Judicial, Función Electoral y Función de Transparencia y Control Social). Cabe anotar, que si se analizan los criterios de los tratadistas diremos que aquellos, solo se refieren a las funciones del Estado, pero, el maestro Sayagués Lasso, amplía el concepto e indica que se encuentre en "función administrativa", por lo que también son parte de esta administración pública todos los órganos y organismos del Estado y de la Función Pública que están comprendidas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

Cabe en este punto clarificar la diferencia que existe entre el término administración pública y sector público, éste -como se ha dicho- se refiere al universo, al conjunto de corporaciones, instituciones u oficinas gubernamentales centrales o locales, tiene relación con el ámbito espacial y material desde el cual se realiza la gestión pública; en tanto que aquella constituye una actividad, una acción, un servicio, un manejo, un ejercicio que se realiza desde el sector público.

En otros términos el sector público es el ente genérico y la administración pública la gestión de éste, es decir la actividad que desarrolla.

1.1.2.5 Contratación Pública

Dentro de las actividades de la Administración Pública está la de contratar de modo que pueden existir servicios públicos prestados por el Estado o por terceros del sector privado, cuya fuente se deba a un acto "formal" que se sustenta en un contrato público, como la construcción de una carretera, el suministro de agua potable o energía eléctrica, la concesión del servicio de telecomunicaciones, la adquisición de equipos y maquinarias, la asesoría, etc.

Dicho lo anterior corresponde precisar en qué consiste esta actividad contractual de la Administración Pública, a la que se la conoce como Contratación Pública. Al respecto se dice que "es el procedimiento por el cual un ente del sector público selecciona a la persona física o jurídica que tiene que ejecutar una obra, prestar un servicio o suministrar un bien, para satisfacer una finalidad pública" (Govern de les Illes Balears, s.f., párr. 1). (El énfasis no es del texto).

Contratación pública significa el proceso mediante el cual un Gobierno, a través de cualquier modalidad de contratación, obtiene el uso de bienes o servicios o cualesquier combinación de los mismos, con fines gubernamentales y no con miras a su venta o reventa con propósitos

comerciales o para su utilización en la producción o suministro de bienes o servicios destinados a la venta o reventa comerciales. (Contratación Pública,s.f.,párrafo 3). (El énfasis no es texto).

Para Laguado, (2004) la contratación pública se define como “la actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado.”

Para Dávila (2015, p. 20), La Contratación Pública constituye la "herramienta que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de sus fines, ya que para la ejecución de cualquier proyecto, siempre tendrá que recurrirse a la Contratación Pública como medio de ayuda." (El énfasis no es texto).

La contratación pública debe entonces concebírsele como la actividad contractual del sector público que previamente la observancia de un determinado procedimiento busca de terceros adquirir bienes, servicios o la ejecución de obras para satisfacer el interés público y cumplir con sus fines.

1.1.2.6 Contratación Pública Internacional

"La contratación pública, las compras por parte de los sectores públicos de bienes y servicios, ha ido adquiriendo una importancia creciente en la actividad económica con el paso del tiempo, tanto a nivel doméstico como internacional." (Bonet, 2012, p. 21).

Las acciones realizadas por parte de los gobiernos en materia de contratación pública, tienen una importante incidencia en su economía. El propiciar mecanismos que fomenten el uso eficiente de los recursos, la optimización de los procedimientos y la transparencia en la participación de los mismos, han

contribuido a que se amplie el mercado de la oferta y demanda de bienes y servicios a nivel internacional.

La globalización y la eliminación de barreras comerciales para la contratación pública han obligado a que los países hagan más transparentes sus procesos y reglas sobre contratación pública, permitiendo que los oferentes y proveedores extranjeros puedan participar en esa actividad. La creación de un mercado común, (multilateral, como lo llama la Organización Mundial del Comercio) depende necesariamente de que los gobiernos disciplinen las fases de preparación, selección y ejecución de sus contratos públicos de forma y en ambientes transparentes a nivel transnacional. (Suárez & Laguado, 2007, p. 5)

La Contratación Pública Internacional en adelante (CPI) se ve fortalecida por la presencia en el concierto internacional de una multiplicidad de instituciones y fondos económicos multilaterales, bilaterales y de diversa índole que desde la década de los cincuenta del siglo XX cuenta con herramientas e instrumentos dedicados al desarrollo económico y la cooperación en el ámbito internacional. La CPI según datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE “representa unos dos billones de euros al año, en distintas formas y tipos de contratación, representando una porción del mercado de bienes y servicios a nivel internacional que no se puede obviar (entorno de un 15% del PBI Mundial), particularmente para empresas dedicadas a la consultoría y servicios, relativas a salud, educación, infraestructura, energía y agricultura” (Pro Córdova, s.f., p. 1)

Según la Organización Mundial del Comercio (OMC) “la contratación pública representa en promedio el 10-15% del PIB de una economía. Constituye un mercado significativo y un aspecto importante del comercio internacional. La labor de la OMC en materia de contratación pública tiene por objeto promover la transparencia, la integridad y la competencia en este mercado”. (Organización Mundial del Comercio, s.f., párr. 1).

Países como el Ecuador también se han visto inmersos en estos procesos de contratación pública internacional cuando han tenido que contratar bienes o servicios o la ejecución de obras con otros Estados o sus organismos o dependencias públicas o privadas. Un ejemplo de contratación interestatal fue la celebrada entre las empresas estatales Petroecuador (Ecuador) y PDVSA (Venezuela) para la explotación conjunta durante 15 años del campo petrolero Sacha en la Amazonía ecuatoriana.

Un segundo ejemplo, en el que una empresa ecuatoriana privada suscribe un contrato en el exterior se tiene en el contrato firmado entre el consorcio ecuatoriano Técnica General de Construcciones-Bolivia con la estatal Administradora Boliviana de Carreteras por un valor de USD 118 millones para la construcción de una carretera de 28 km. (Llanos, 2015, párr.1).

Por lo expuesto, se puede decir que la Contratación Pública Internacional comprende todas las obras que se realizan, servicios que se prestan, bienes que se suministran o adquieren en la que intervienen países, u organismos privados o públicos de los mismos con una contraparte externa nacional o internacional, en este último caso por cuenta de los organismos e instituciones internacionales que trabajan en el ámbito de la cooperación o de la ayuda internacional, pero siempre buscando la satisfacción del interés general. O, en otros términos, es la actividad contractual sujeta a un procedimiento y a un conjunto de principios constantes en un instrumento internacional por el cual los Estados y los organismos supranacionales adquieren bienes, servicios y ejecutan obras con el fin de satisfacer necesidades comunes y cumplir con el interés público.

1.2 CARACTERÍSTICAS

Dentro de las principales características de la Contratación Pública se destacan las siguientes:

1.2.1 Formalidad

Puesto que todo trámite de contratación, por más pequeño que sea, está sometido a la conformación de un expediente administrativo, en el cual debe sentarse toda la evidencia documental sobre la actuación de la entidad contratante frente al trámite de adquisición. Se seguirán los procedimientos y requisitos legalmente establecidos.

Sobre el expediente de contratación la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador dispone que:

Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRAS PÚBLICAS. (LOSNCP, 2008, art. 36).

1.2.2 Control

La palabra “control” es sinónimo de comprobación, examen o inspección.

El control es un acto o procedimiento por medio del cual una persona u órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley. (Fernández, 1981, p. 161).

En este mismo orden de ideas Rivas (2004, p. 35) dice que: “el control es un procedimiento que fija reglas para la debida actuación y verifica si el cumplimiento del contrato público está conforme a la ley y a los reglamentos

correspondientes. Además, el control debe ser ejercido por una persona u órgano autorizado”.

En realidad el control es total, uno de los principios actuales de la Administración Pública es la rendición de cuentas, tal es el caso que inclusive las adquisiciones realizadas mediante el procedimiento de ínfima cuantía, que según el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública "las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores", deben ser publicadas en el portal de compras públicas, con la finalidad de transparentar la inversión de los recursos públicos. Los organismos de control del Estado tienen una influencia directa sobre todas las instituciones que conforman el sector público, sin excepciones se realizarán auditorías y demás procedimientos de control con la finalidad de verificar la transparencia de los procesos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes y el cumplimiento de la normativa.

El control tiene una doble connotación, primero porque al actuar a nombre de la Administración Pública, cualquier irregularidad cometida en el proceso de contratación, afecta al país, una ciudad o una institución, dependiendo el ámbito de jurisdicción y competencia, no así en el ámbito privado, pues si una persona comete alguna irregularidad, afecta solamente a la imagen de esa persona, pero no trasciende a los intereses públicos. La segunda razón es porque las compras gubernamentales se ejecutan con recursos públicos, los organismos de control obligatoriamente estarán vigilantes que las entidades contratantes, adquieran lo permitido por el universo jurídico que regula el Sistema Nacional de Contratación Pública, las Finanzas Públicas y principalmente se pague el justo precio.

1.2.3 Ausencia de libertad

Debido a que el accionar de la Administración Pública debe enmarcarse dentro de los parámetros fijados por el universo jurídico que los regula. En este sentido, el criterio de los servidores públicos está supeditado a las normas creadas por el legislador.

"Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría". (LOSNCP, 2008, art. 1).

Respecto a la Contratación Pública Internacional, se pueden señalar las siguientes características:

1.2.4 Transparencia en los procedimientos de adquisición

"Un sistema normativo de contratación pública debe contar con unas prácticas administrativas que generen previsibilidad para que a los posibles contratantes, les permitan evaluar los costos y riesgos del contrato, y que posibiliten la más amplia competencia posible. Este principio también se puede manifestar en la promoción de una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Igualmente es una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante". (Suárez & Laguado, 2007, p. 14)

Dependiendo de un determinado nivel o cuantía, las adquisiciones realizadas por los organismos bilaterales o multilaterales, en el marco normativo y procedimental interno y considerado la naturaleza de los ingresos: dineros públicos, la información debe estar a la disposición de todos los interesados.

1.2.5 Publicidad

"Las adquisiciones hechas por los diversos organismos se difunden a través de publicaciones especializadas en el ámbito local e internacional. En los últimos tiempos, los principios de transparencia y publicidad son más importantes y visibles que nunca, a través de las páginas web y el acceso a información a través de Internet". (Pro Córdoba, s.f., p. 1)

1.2.6 Procedimiento Específico

Las compras realizadas por intermedio de los organismos internacionales siguen modalidades y procedimientos específicos, que para el caso son de índole pública, siendo su mecanismo más idóneo la Contratación Pública Internacional, en adelante (CPI). Desde luego las compras públicas también en el ámbito internacional siguen una categorización que no es otra cosa que una división en servicios, suministros o bienes y obras.

1.3 NORMATIVA EN CONTRATACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL

Actualmente existe un gran desarrollo de la contratación pública internacional, respondiendo al proceso globalizador de la economía mundial, tan es así que: "La contratación pública representa en promedio el 10-15% del PIB de una economía. Constituye un mercado significativo y un aspecto importante del comercio internacional" (OMC, s.f., párr. 1).

En el ámbito internacional se cuenta con un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que norman la contratación pública internacional y que, desde luego, rigen para los Estados que se han adherido a los mismos.

"Los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios

generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa. (Moreno, 2007, p. 3)

Entre otros instrumentos jurídicos pueden destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras y las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial y la OCDE.

A nivel de la Unión Europea se tiene que señalar que la contratación pública está integrada tanto por normas de derecho originario conformadas por, "los tres Tratados fundacionales: El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), (...) el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE), (...) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom)". (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, s.f., párr. 2), así como por las normas de derecho derivado "formado por los actos adoptados por las Instituciones para el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados. Se trata de las "normas europeas". Entre estos actos destacan los Reglamentos, las Directivas, las Decisiones, los acuerdos internacionales de la Unión". (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, s.f., párr. 4).

Tanto las normas de derecho originario como las de derecho derivado, así como la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las ha interpretado y su doctrina han permitido la incorporación de las sucesivas Directivas europeas en la materia.

"Pero también se pueden señalar las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), el Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. También existe un protocolo de

contrataciones públicas en el ámbito de MERCOSUR, propuestas de la Comunidad Andina y de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR). Pues bien, todas estas normas, acuerdos y negociaciones no vienen sino a corroborar la tendencia hacia la formación de un Derecho común de la contratación pública." (Moreno, 2015, p. 57).

Así mismo, de los acuerdos de integración abiertos en el continente americano, el Acuerdo del Grupo de los Tres (Colombia, Venezuela y México) y los acuerdos bilaterales de México con Costa Rica, Bolivia y Chile, y los de Chile con (Bolivia, Ecuador, Venezuela, México) contienen disposiciones que regulan las Compras del Sector Público.

La contratación pública también se aborda en varios instrumentos adoptados por otras organizaciones intergubernamentales, así como en directrices de bancos regionales de desarrollo y organizaciones económicas.

A continuación se describen -en general- algunas de las más importantes regulaciones que a nivel internacional se han expedido y que tienen que ver con la contratación pública internacional:

1.3.1 Acuerdo de Contratación Pública de la OMC

La contratación pública no adquiere carta de naturaleza normativa multilateral o global en el seno de los intercambios comerciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) hasta 1994, el 15 de abril en Marrakech - Marruecos, en que se firma en el seno de esta organización internacional de comercio el acuerdo sobre contratación pública. Acuerdo que busca evitar la discriminación en la contratación pública. El acuerdo constituye el corolario necesario de la proyección del principio de igualdad de trato, o de no discriminación, a los contratos que se realicen entre el sector público y las empresas de los diferentes países para la realización de obras y servicios públicos de relevancia.

El acuerdo que tiene el carácter de tratado internacional figura en el anexo 4 del Acuerdo de Marrakech y obliga a los países que lo rubricaron. Su revisión de la hizo en el 2006.

El Acuerdo de Contratación Pública en adelante (ACP) es un acuerdo de naturaleza plurilateral gestado en el ámbito de la OMC, lo que quiere decir que no todos sus integrantes pertenecen a la organización. Son 17 Partes que, a su vez, se hallan integradas por 45 Miembros de la OMC. Treinta participan en calidad de observadores en el Comité de Contratación Pública. Diez miembros se hallan en proceso de adherirse al Acuerdo. (OMC, s.f., párr. 2).

Tabla 1: Parte y miembros del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC

Partes	Fecha de entrada en vigor/adhesión	
	ACP de 1994	ACP revisado
Armenia	15 de septiembre de 2011	5 de junio de 2015
Canadá	1º de enero de 1996	6 de abril de 2014
Corea, República de	1º de enero de 1997	Pendiente
Estados Unidos	1º de enero de 1996	6 de abril de 2014
Hong Kong, China	19 de junio de 1997	6 de abril de 2014
Islandia	28 de abril de 2001	6 de abril de 2014
Israel	1º de enero de 1996	6 de abril de 2014
Japón	1º de enero de 1996	16 de abril de 2014
Liechtenstein	18 de septiembre de 1997	6 de abril de 2014
Montenegro	15 de julio de 2015	15 de julio de 2015
Noruega	1º de enero de 1996	6 de abril de 2014
Nueva Zelanda	12 de agosto de 2015	12 de agosto de 2015
Países Bajos con respecto a Aruba	25 de octubre de 1996	4 de julio de 2014
Singapur	20 de octubre de 1997	6 de abril de 2014
Suiza	1º de enero de 1996	Pendiente
Taipei China	15 de julio de 2009	6 de abril de 2014
Unión Europea respecto de sus 28 Estados miembros:		6 de abril de 2014
Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia	1º de enero de 1996	
Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa y República Eslovaca	1º de mayo de 2004	
Bulgaria y Rumania	1º de enero de 2007	
Croacia	1º de julio de 2013	

Adaptada de (Organización Mundial del Comercio, 2015)

Respecto a su estructura, existe un Comité de Contratación Pública, encargado de la administración del Acuerdo, integrado por representantes de cada una de las partes, miembros de la OMC y entidades intergubernamentales como observadores.

El ACP tiene como objetivo principal la liberalización de los mercados de bienes, servicios y obras entre los países miembros, pero además debido a rondas de negociación los mercados se han abierto a la competencia internacional.

El ACP de la OMC tiene dos partes: en primer lugar el Acuerdo como tal y, en segundo lugar, las listas de compromisos de los integrantes en lo que al acceso de los mercados se refiere.

Respecto al Acuerdo, éste contiene normas garantizadoras referentes a condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en la esfera de la contratación pública. Sin embargo, cabe señalar que esas normas no son de aplicación automática en todas las circunstancias de contratación pública.

Las listas de cobertura desempeñan un papel decisivo en la determinación de si una actividad de contratación está abarcada o no por el Acuerdo. Solo están abarcadas por el Acuerdo las actividades de contratación llevadas a cabo por entidades abarcadas que contratan bienes, servicios o servicios de construcción abarcados de un valor superior a determinados valores de umbral. (OMC, s.f., párr. 5).

Vale señalar que el ACP ha establecido un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo que deseen adherirse al acuerdo.

Ámbito de aplicación

La aplicación del ACP de la OMC, es para los países miembros de la OMC que se han adherido al acuerdo. Respecto al ámbito de aplicación el ACP se dispone que:

1. El presente Acuerdo es aplicable a las medidas relativas a una contratación abarcada, independientemente de que se realice, exclusiva o parcialmente, por medios electrónicos.
2. A los efectos del presente Acuerdo, por contratación abarcada se entiende la contratación realizada a efectos gubernamentales:
 - a. De bienes, servicios, o cualquier combinación de éstos:
 - i. Conforme a lo especificado en los Anexos del Apéndice I de cada Parte; y
 - ii. No contratados con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de bienes o servicios para la venta o reventa comercial;
 - b. Mediante cualquier instrumento contractual, incluidos: la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra;
 - c. Cuyo valor, estimado con arreglo a los párrafos 6 a 8, sea igual o mayor que el valor de umbral correspondiente especificado en los Anexos del Apéndice I de una Parte, en el momento de la publicación de un anuncio de conformidad con el artículo VII;
 - d. Por una entidad contratante; y
 - e. Que no esté excluida, en el párrafo 3 o en los Anexos del Apéndice I de una Parte, del ámbito de aplicación. (Acuerdo revisado sobre Contratación Pública, 2012, art. II).

Jurisdicción

"El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) prevé dos mecanismos independientes para solucionar diferencias relacionadas con la contratación

pública: los "procedimientos internos de revisión" a nivel nacional y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC" (OMC, s.f., párr. 1) y que abarca la jurisdicción de los países que se ha adherido al ACP respecto de adquisiciones, servicios y obras.

Ente que resuelve el conflicto

El Órgano de Solución de Diferencias, en adelante OSD estará facultado para resolver los conflictos y diferencias, "establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados". (OMC, s.f., párr. 5).

El OSD, a su vez está en la facultad de establecer un Órgano Permanente de Apelación, el mismo que está integrado por siete personas.

Por otra parte se puede acudir al arbitraje internacional para la solución del conflicto.

1.3.2 La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas

Se trata de un instrumento jurídico que contiene un conjunto de procedimientos y principios cuyo propósito es la utilización adecuada de los recursos y controlar posibles abusos en los procesos de adjudicación. "El texto promueve la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos. La transparencia es también un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios" (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2011, párr. 1).

Como antecedentes se puede señalar que la Ley Modelo vigente del 2011 sustituye la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el

Derecho Mercantil Internacional (“la CNUDMI” o “la Comisión”) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994. Ya en el 2004 se vio la necesidad de modernizarla incluyendo el uso de comunicaciones electrónicas, acuerdos marco, debiendo señalarse que sus principios y procedimientos más importantes se han mantenido.

La Ley Modelo se elaboró también con la finalidad de propiciar la armonización de las normas internacionales en materia de contratación pública, y en ella se tienen presentes las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, las Directivas de la Unión Europea (sobre contratación pública y recursos judiciales), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, las Normas del Banco Mundial sobre adquisiciones y sobre los consultores, y los documentos equivalentes de otras instituciones financieras internacionales.

La Ley Modelo tiene por objeto ayudar a los Estados a formular leyes de contratación pública modernas. Aunque los países en desarrollo y los Estados con economías en transición eran los que más utilizaban el texto de 1994, la nueva Ley Modelo refleja las mejores prácticas internacionales y se ha concebido de forma tal que resulte útil a todos los Estados.

A continuación se señalan los documentos pertinentes de la Ley Modelo:

- Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de 28 de junio del 2012.
- Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre los Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2003)
- Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000).
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994). (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2011, párr. 6-8).

Tabla 2: Países que han utilizado la Ley Modelo para reformar su normativa interna de contratación pública

PAÍS
Federación de Rusia
India
Jamaica
Kazajstán
Kirguistán
México
Myanmar
República Unida de Tanzania
Rwanda
Tayikistán
Trinidad y Tobago
Uganda
Uzbekistán
Zambia

Adaptado de (Comisión de las Naciones Unidas, 2016)

Ámbito de aplicación

El artículo 1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública, establece su ámbito de aplicación cuando señala que: “La presente Ley será aplicable a todo tipo de contratación pública”.

Jurisdicción

La potestad de los órganos administrativos y judiciales de cada uno de los países que prevea su ordenamiento.

Ente que resuelve el conflicto.

- La propia entidad adjudicadora si se trata de una petición de reconsideración.

- El órgano estatal independiente si se trata de un recurso de revisión.
- Los órganos judiciales si se trata de un recurso de apelación.

Al respecto la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública señala en lo referente al derecho de recurso y apelación:

1. Todo proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable a una decisión o medida, supuestamente contraria al régimen de la presente Ley, que la entidad adjudicadora haya adoptado, podrá interponer un recurso contra esa decisión o medida.
2. Los recursos podrán interponerse en forma de [una solicitud de reconsideración ante la entidad adjudicadora conforme al artículo 66 de la presente Ley, una solicitud de revisión ante el [nombre del órgano independiente] con forme al artículo 67 de la presente Ley, o una solicitud o apelación ante el [nombre del foro o de los foros judiciales competentes] (Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, 2011, art. 64)

1.3.3 Las Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública

Respecto de las directivas de la Unión Europea sobre contratación pública se tiene que señalar que se tratan de un conjunto de reglas que abarcan los procedimientos de elaboración, selección, adjudicación y, desde luego, ejecución de los contratos públicos.

Las reglas son de orden sustantivo como adjetivo. Al respecto cabe señalar:

Entre las primeras se encuentra a la cabeza por su generalidad la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación

de los contratos públicos de obra, de suministro y de servicios; pero también la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Por lo que se refiere a las directivas de recursos en los procedimientos de contratación, en la actualidad están vigentes la Directiva 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros y la Directiva 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales. Ambas normas fueron modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo. (Moreno, 2015, p. 502)

En el 2014 el Parlamento Europeo aprobó nuevas directivas sobre contratación pública, con el propósito de mejorar los procedimientos de contratación pública y que sustituyen a las precedentes directivas.

Las tres nuevas directivas aprobadas que normarán la contratación pública en Europa, deberán ser incorporadas a los respectivos ordenamientos nacionales antes del 18 de abril del 2016.

Se trata, de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la más novedosa –pues carece de precedente en la normativa comunitaria-, Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. (Romar, 2014, párr. 1)

Se pueden destacar, entre otras las siguientes novedades de las nuevas directivas:

- Mejoras en la calidad, en cuanto a aspectos ambientales, sociales, el establecimiento de un innovador procedimiento: El de asociación para la innovación sobre el precio.
- Eliminan la burocracia y disminuyen los costes para las empresas adjudicatarias, se prioriza la participación de las PYMES a través de la división por lotes de los contratos, propiciando así la asociación entre los mismos.
- Se establece una normativa para que en el caso de que los contratistas no paguen a los subcontratistas, la entidad contratante lo haga.
- Los Estados miembros de la UE seguirán teniendo la libertad para decidir sobre sus obras y servicios públicos respecto a su manejo propios o a través de empresas privadas.

Ámbito de aplicación

El Art. 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública establece como Objeto y ámbito de aplicación, lo siguiente:

1. En la presente Directiva se establecen las normas aplicables a los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y a concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales establecidos en el art. 4.
2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores

económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público.

3. La aplicación de la presente Directiva está sujeta a lo dispuesto en el artículo 346 del TFUE.
4. La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con el Derecho de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas estatales y a qué obligaciones específicas deben estar sujetos. Del mismo modo, la presente Directiva no afectará a la decisión de las autoridades públicas de decidir si desean asumir ellas mismas determinadas funciones públicas, en qué forma y en qué medida, en virtud del artículo 14 del TFUE y del Protocolo No. 26.
5. La presente Directiva no afectará a la manera en que los Estados miembros organizan sus sistemas de seguridad social.
6. Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva. (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, Art. 1).

Jurisdicción

Ejecución

1. Con objeto de garantizar una aplicación correcta y eficaz, los Estados miembros velarán por que al menos las funciones establecidas en el presente artículo sean ejercidas por una o varias autoridades, organismos o estructuras. Comunicarán a la Comisión todas las

autoridades, organismos o estructuras competentes para ejercer dichas funciones.

2. Los Estados miembros velarán por que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada.

Cuando las autoridades o estructuras de supervisión detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, por sus propios medios o por haber recibido información al respecto, estarán facultadas para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuadas, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias (...). (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, Art. 83).

Ente que resuelve el conflicto.

Conflictos de intereses:

Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, Art. 24).

1.3.4 El Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Lo suscribieron México, Canadá y Estados Unidos el 17 de diciembre del 1992 y entró en vigencia el 1 de enero del 1994, el en Capítulo X del Tratado contiene disposiciones sobre contratación pública que realicen los gobiernos federales, estatales y provinciales, o las empresas gubernamentales de bienes, servicios o de servicios de construcción cuando el valor del contrato supere las cuantías específicas por las

autoridades que realicen la contratación pública. Requieren la aplicación del principio de no discriminación en cuanto al trato de los bienes, sus proveedores y a los proveedores de la otra Parte en el Tratado. Además el acuerdo prevé procedimientos de licitación y presentación de ofertas no discriminatorios, equitativos, abiertos e imparciales. Contempla asimismo el intercambio de información y la cooperación técnica en el ámbito de la contratación pública. (Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 2008, p. 59).

Ámbito de aplicación

El Art. 1001 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, sobre el ámbito de aplicación, establece lo siguiente:

1. El presente capítulo se aplica a las medidas que una Parte adopte o mantenga con relación a las compras:
 - (a) de una entidad de un gobierno federal señalada en el Anexo 1001.1a-1; una empresa gubernamental señalada en el Anexo 1001.1a-2; o una entidad de gobiernos estatales o provinciales señalada en el Anexo 1001.1a-3 de conformidad con el Artículo 1024;
 - (b) De bienes, de conformidad con el Anexo 1001.1b-1; de servicios, de conformidad con el Anexo 1001.1b-2; o de servicios de construcción, de conformidad con el Anexo 1001.1b-3; y
 - (c) cuando se estime que el valor del contrato que será adjudicado iguale o supere el valor de los siguientes umbrales, calculados y ajustados de conformidad con la tasa inflacionaria de Estados Unidos según lo dispuesto en el Anexo 1001.1c, para el caso de:
 - (i) entidades del gobierno federal, de 50,000 dólares estadounidenses para contratos de bienes, servicios o cualquier combinación de los mismos, y 6.5 millones de dólares estadounidenses para contratos de servicios de construcción;

- (ii) empresas gubernamentales, de 250,000 dólares estadounidenses para contratos de bienes, servicios o cualquier combinación de los mismos, y 8 millones de dólares estadounidenses para contratos de servicios de construcción; y
- (iii) entidades de gobiernos estatales y provinciales, el valor de los umbrales aplicables, según lo dispuesto en el Anexo 1001.1a-3, de conformidad con el Artículo 1024. (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1994, art. 1001).

Jurisdicción

Lo reglado por el Tratado en el entorno de los países suscribientes del mismo.

Ente que resuelve el conflicto.

Autoridad revisora y Tribunal de Arbitraje.

El Art. 1017 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, referente a los procedimientos de impugnación, establece lo siguiente:

1. Con objeto de promover procedimientos de compra justos, abiertos e imparciales, cada Parte deberá adoptar y mantener procedimientos de impugnación para las compras cubiertas por este capítulo, de acuerdo con lo siguiente:
 - (a) cada Parte deberá establecer o designar a una autoridad revisora sin interés sustancial en el resultado de las compras para que reciba impugnaciones y emita las resoluciones y recomendaciones pertinentes. (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1994, art. 1017).

1.3.5 El Mercosur y la Contratación Pública

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un acuerdo de comercio regional concluido entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay creado en 1991 por el Tratado de Asunción, posteriormente modificado y actualizado por el Tratado de Ouro Preto de 1994. Actualmente Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú se han incorporado en calidad de miembros asociados, mientras que Venezuela ha firmado un acuerdo de asociación en junio del 2006. El objetivo primordial del MERCOSUR es la libertad de circulación de bienes, servicios, personas y monetaria.

En el 2004, los Estados miembros del MERCOSUR adoptaron el Protocolo de Contratación Pública y su Reglamento (Decisión del Consejo del Mercado Común núm. 27/04) con miras a extender gradualmente un tratamiento no discriminatorio y la transparencia en los Contratos efectuados por entidades públicas. El Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que efectúen las entidades de todos los niveles de gobierno (central, provincial) de bienes, servicios y obras públicas cuyo valor sea igual o superior a los umbrales establecidos en el Protocolo.

El Art. 2 del Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, referente al ámbito de aplicación, establece lo siguiente:

1. El presente Protocolo se aplica a las contrataciones públicas que las entidades de todos los niveles de gobierno federales y sub-federales celebren para la adquisición de bienes y servicios, cualquiera sea su combinación, incluidas las obras públicas, mediante cualquier método contractual, sin perjuicio de las reservas de los Estados Partes establecidas en el Anexo A. Las entidades se detallan en el ANEXO I, los bienes, servicios y obras públicas en los ANEXOS II, III y IV (...). (Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, 2004, art. 2)

Jurisdicción

La potestad atribuida a cada Estado Parte. Al respecto el Art. 27 señala como parte de las reclamaciones:

1. Cada Estado Parte aplicará los procedimientos de recursos, impugnaciones o denuncias accesibles a todo interesado, que les aseguren la defensa de sus intereses.
2. Con el objeto de promover procedimientos de contratación justos, abiertos e imparciales, cada Estado Parte, de conformidad con las legislaciones nacionales, deberá adoptar y mantener los procedimientos referidos en el párrafo anterior de acuerdo con lo siguiente:
 - a) cada uno de los Estados Partes permitirá a los interesados presentar reclamaciones en cualquier etapa del proceso de contratación
 - b) cada uno de los Estados Partes se asegurará que sus entidades consideren en forma oportuna e imparcial cualquier reclamación respecto a las contrataciones cubiertas por este Protocolo;
 - c) las entidades no podrán tomar una decisión relativa a una reclamación sin haber dado la oportunidad de manifestación al interesado.
 - d) una vez agotadas las instancias administrativas, ningún interesado podrá ser impedido de recurrir a otras instancias de reclamación.
(Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, 2004, art. 27).

Ente que resuelve el conflicto.

Al respecto el Art. 29 señala en lo referente a la solución de controversias:

Las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes con relación a la aplicación, interpretación o incumplimiento de los compromisos establecidos en el presente Protocolo, serán resueltas de conformidad

con los procedimientos y mecanismos de solución de controversias vigentes en el MERCOSUR. (Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur, 2004, art. 29).

Siendo uno de los principales el Arbitraje.

1.3.6 La Comunidad Andina y la Contratación Pública

En la Comunidad Andina de Naciones (CAN), integrada actualmente por Ecuador, Bolivia, Colombia y Perú no existe una regulación unificada sobre la contratación pública, si bien diversas disposiciones como el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena y el artículo 9 de la decisión 292 de la Comisión (Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas), permiten aplicar principios comunitarios como el de no discriminación a la contratación pública, mientras se elaboran unas directivas comunitarias.

El Art. 72 del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), señala: “El Programa de Liberación de bienes tiene por objeto eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro”. (Sistema de Información sobre Comercio Exterior, 2003).

Por su parte el Art. 9 de la decisión 292 de la Comisión (Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas), prescribe: “Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público”. Se trata de una disposición en la que se deja en claro el principio de trato igualitario, que al igual que la anterior ha tenido muchas dificultades en su aplicación.

Existen esfuerzos en la Comunidad Andina de Naciones por la implementación de un Acuerdo Subregional Andino en materia de contratación pública que aún no se lo logra, al respecto el tratadista Moreno (2007, p. 121) señala:

En relación con el proceso de negociación del capítulo de Compras Públicas en la CAN, considero importante en primer lugar insistir en las ventajas económicas y sociales que para los distintos países se derivarían de un acuerdo sobre contratación pública (...) sería muy positivo el establecimiento de procedimientos de contratación unificados para todos los países, con formularios únicos y con un vocabulario común que facilite el cumplimiento de la normativa y que incluya destacadamente una catalogación de bienes y servicios que unifique y estandarice este decisivo aspecto de la contratación pública (puede tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002]). La clasificación de los productos y servicios debe estar unificada a nivel andino.

Propuesta del autor que a la fecha presente, aún no se ha logrado consolidar en el proceso integracionista de la CAN.

Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación, y desde luego del Capítulo de Contratación Pública que debería crearse en la CAN, debería ser la normativa comunitaria específica que se expida para el efecto y abarcaría a cada uno de los países integrantes.

Jurisdicción

Debería estar dada a la Secretaría General y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, organismo a los que se les daría competencia además para tratar temas de contratación pública.

Por ahora la Secretaria General, en su condición de órgano ejecutivo, tiene competencia en determinadas materias, tales como:

Requisitos específicos de origen, determinación de restricciones y gravámenes, diferimientos arancelarios, salvaguardias, dumping, subsidios y competencia comercial de acuerdo a lo establecido en la Decisión 425. De igual manera dispone de un poder resolutivo en materias que la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores le delegue las que pueden ser de naturaleza normativa o administrativa. La Secretaría administra la fase prejudicial de la acción de incumplimiento, mediante un procedimiento regulado por el Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento, establecido mediante la Decisión 623. (Comunidad Andina, s.f., párr. 2).

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es:

El órgano jurisdiccional encargado de dirimir, en forma definitiva las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario. Sus competencias se encuentran previstas en el Tratado del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y desarrolladas en su Estatuto - Decisión 500. (Comunidad Andina, s.f., párr. 2).

Ente que resuelve el conflicto.

La Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son los órganos competentes para administrar y resolver los procedimientos y las controversias de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, pero además tendrían que resolver temas de contratación pública. (Comunidad Andina, s.f., párr. 1).

1.3.7 Principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico para aumentar la integridad en la contratación pública

Se trata de un conjunto de principios que tiene que ver con la integridad de la contratación pública, dados a la publicidad en el año 2009 por la OCDE. Estos principios recogen la visión de las políticas y prácticas a nivel mundial en materia de contratación pública. El texto contiene instrucciones para elaborar herramientas jurídicas internacionales, procedimientos de control del proceso contractual, así como un mapa de riesgos para detectar la corrupción y el fraude.

Los principios a que se hace alusión son diez y están basados en cuatro pilares fundamentales: 1) La transparencia; 2) La buena gestión; Prevención de malas conductas, conformidad y monitorización; y, 4) Responsabilidad y control.

Los países miembros de la OCDE son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, el República Eslovaca, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos. (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2011, párr. 2).

1.3.8 La Contratación Pública en la UNASUR

Los procesos de contratación pública a nivel de Latinoamérica están siendo impulsados por los países de la región, siendo uno de los nuevos escenarios la Unión de Países de América del Sur (UNASUR); precisamente el 16 de julio del 2015 se llevó adelante en la sede de UNASUR una Reunión Regional sobre Sistema de Compras Públicas en América Latina y el Caribe con la coordinación del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), habiéndose propuesto los siguientes objetivos:

- Analizar los diversos sistemas de contratación pública de los países y esquemas de integración de América Latina y el Caribe.
- Analizar el papel de las compras públicas en la economía de los países de América Latina y el Caribe.
- Identificar las experiencias exitosas en la región y el mundo en lo referente a negociación y compra pública conjunta.
- Establecer acuerdos comunes para el desarrollo de compras públicas regionales. (CEPAL, 2015,párr. 2).

Y como temas de importancia para la contratación pública se abordaron los siguientes:

- “Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe;
- Potencialidades en la complementariedad agrícola de Suramérica, etc.”

En síntesis la UNASUR es un espacio regional muy importante para el desarrollo de los sistemas de contratación pública de los países de la región, pues se ha hecho estimaciones de que el monto en éste ámbito a escala regional equivaldría al 20% del PIB, esto es la suma estimada de \$874.000 millones anuales. Por lo pronto y como resultados concretos se adelantan ya negociaciones respecto a procesos corporativos de compra de medicamentos, lo que permitiría reducir costos e inclusive propiciar transferencia de conocimientos.

Como se comprenderá la UNASUR es un nuevo escenario de integración que está en construcción y que, concretamente, en el ámbito de las contratación pública puede optimizar la calidad y costo de las compras públicas; habrá que esperar su desarrollo normativo.

Ámbito de aplicación

Los países que conforman la UNASUR y bajo el marco normativo que se cree en materia de contratación pública.

Jurisdicción

Normativa nacional y regional y procedimiento arbitral.

Ente que resuelve el conflicto.

UNASUR y Ecuador han planteado un nuevo “sistema de solución de controversias” que excluye el conocimiento arbitral de controversias sobre salud, educación, tributación, energía, medio ambiente, etc., salvo cláusula expresa. Según esta propuesta los procesos se pueden plantear “entre un Estado Miembro del Centro y otro Estado Miembro de UNASUR pero no Parte del Centro; Entre nacionales de Estados Miembros del Centro con otros Estados Miembros de UNASUR; y, entre nacionales de Estados Miembros del Centro con terceros Estados no Miembros de UNASUR”. (Pérez, 2013, p. 21).

El sistema también contempla dos situaciones: la primera el requerimiento de agotar previamente las vías judiciales nacionales y la determinación de un límite para el tiempo de resolución de las controversias por los sistemas nacionales, por cuanto las demoras son de hasta diez años, sin tomar en cuenta que para el inicio de trámite arbitral se exige el agotamiento de las vías administrativa y judicial local, trámite éste último que demandaría unos pocos años más. La segunda tiene que ver con las críticas a los arbitrajes del CIADI, que no considera la jurisprudencia generada por otros laudos, también la propuesta se aparta de los procedimientos del CIADI, en lo que dispone que la documentación sea pública y no confidencial, con ciertas excepciones y contempla la aplicación de la jurisprudencia obligatoria.

1.3.9 Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción

Esta convención fue producto de la Resolución 58/4 de 31 de octubre del 2003 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El Art. 9 de la Convención, referente a la Contratación pública y gestión de la hacienda pública, establece lo siguiente:

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

- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación. (...) (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, art. 9).

De lo citado se desprende la importancia de esta Convención, cuando señala la implementación de sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción, lo que podría lograrse a través de requerimientos mínimos como la difusión pública de los procedimientos de contratación, la formulación previa de las condiciones de participación, la aplicación de criterios objetivos para la toma de decisiones, un examen interno, así como un sistema de control y procedimientos de impugnación, como también personal idóneo responsable de los procesos contractuales.

Ámbito de aplicación

El Art. 3 de la Convención, referente al ámbito de aplicación, establece lo siguiente:

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.
2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado. (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, art. 3).

El Art. 6 de la Convención, referente al órgano u órganos de prevención de la corrupción, establece lo siguiente:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:
 - a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;
 - b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción. (...). (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, art. 6).

Jurisdicción

Órganos internos estatales aplicando su ordenamiento interno contractual y concordante con la Convención.

Ente que resuelve el conflicto.

Cada Estado Parte.

1.3.10 Normas sobre Adquisiciones con préstamos del BIRF y Créditos de la AIF del Banco Mundial (2011)

La normativa sobre adquisiciones con préstamos de los organismos de crédito como son el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF) del Banco Mundial tienen por objeto dar a conocer las líneas de crédito o donación para los países que emprendan en la ejecución de proyectos y que pueden consistir en un adelanto para la preparación de un proyecto (PPAs), una

donación del Banco, o un fondo fiduciario administrado por el Banco y ejecutado por el beneficiario acerca de las políticas que rigen la adquisición de los bienes, de las obras y servicios distintos a los de consultoría necesarios para el proyecto. Cabe señalar que las contraprestaciones entre el Prestatario y el Banco se rigen por el Convenio de Préstamo; consecuentemente la adquisición de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría se establecen en dicho convenio. En tanto los derechos y las obligaciones del beneficiario del préstamo como de los proveedores de bienes, servicios y obras diferentes a los de consultoría se rigen por los documentos de licitación, y, desde luego, por el contrato que hayan suscrito estos, descartándose las normas del Convenio de Préstamo. (Normas Adquisición de Bienes Obras y Servicios con préstamos del BIR, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial, 2011, p. 1)

A continuación se extractan algunas de las normas:

Consideraciones Generales

1.2 La responsabilidad en cuanto a la ejecución del proyecto, y por tanto a la adjudicación y administración de los contratos en virtud del mismo, es del Prestatario. Por su parte el Banco, de conformidad con su Convenio Constitutivo, debe “asegurar que el importe de un préstamo se destine únicamente a los fines para los cuales éste fue concedido, con la debida atención a los factores de economía y eficiencia y haciendo caso omiso de influencias o consideraciones de carácter político o no económico”, y a ese efecto ha establecido procedimientos detallados. Si bien en la práctica las reglas y procedimientos de contratación específicos a seguir en la ejecución de un proyecto dependen de las circunstancias de cada caso, en general los requisitos exigidos por el Banco están orientados por cuatro consideraciones, a saber:

- a) la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, inclusive en la adquisición de los bienes, obras y servicios distintos a los del consultoría;
- b) el interés del Banco en dar a todos los licitantes elegibles, tanto de países desarrollados como en desarrollo, la misma información e igual oportunidad de competir en el suministro de bienes, obras y servicios distintos a los del consultoría;
- c) el interés del Banco en fomentar el progreso de los contratistas y fabricantes del país Prestatario, y
- d) la importancia de que el proceso de contratación sea transparente.

1.3 La libre competencia es la base de la eficiencia de las contrataciones públicas. Los prestatarios deben seleccionar el método más apropiado para la contratación específica. En la mayoría de los casos, el método más apropiado es la licitación pública internacional (LPI), adecuadamente administrada, con la concesión de las preferencias apropiadas para los bienes de fabricación nacional y, cuando procede, para los contratistas nacionales de obras, de conformidad con condiciones prescritas. Por lo tanto, en tales casos, el Banco exige a sus Prestatarios que contraten la obtención de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría, mediante LPI abierta a los proveedores de bienes y servicios y contratistas de obras elegibles para participar en ésta. En la Sección II de estas Normas se describen los procedimientos a seguir en la LPI.

1.4 Por otra parte, cuando la LPI evidentemente no constituya el método de adquisición más económico y eficiente, otros métodos de adquisición podrán utilizarse. En la Sección III se describen estos otros métodos de adquisición y las circunstancias en que su aplicación sería más apropiada. Los métodos particulares que se han de aplicar para la adquisición de bienes y obras para un proyecto dado se especifican en el Convenio de Préstamo respectivo. Los contratos específicos que se financien en un proyecto, y su metodología de adquisición deben ser consistentes con el Convenio de Préstamo y lo

que se especifica en el Plan de Adquisiciones, como se indica en el párrafo 1.18 de estas Normas. (El énfasis no es del texto). (Normas Adquisición de Bienes Obras y Servicios con préstamos del BIR, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial, 2011, p. 2).

Ámbito de aplicación

La normativa del Convenio de préstamo

Jurisdicción

Procedimiento especial contenido en la normativa del Convenio: Arbitraje

Ente que resuelve el conflicto.

En el caso de los contratos de obras, de suministro e instalaciones de bienes, así como en el de contratos de responsabilidad única (incluyendo los de llave en mano), las disposiciones relativas al arreglo de diferencias deben comprender mecanismos tales como juntas de examinadores de diferencias o conciliadores, a quienes se designa con el objeto de permitir una solución más rápida de las diferencias. (El énfasis no es del texto). (Normas Adquisición de Bienes Obras y Servicios con préstamos del BIR, Créditos de la AIF y Donaciones por prestatarios del Banco Mundial, 2011, p. 22).

Si bien esto recomienda la entidad financiera internacional, generalmente se estipula el arbitraje internacional siendo uno de los organismos más conocidos el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

1.3.11 Convención de la OCDE para combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Esta Convención fue aprobada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997. Al respecto se cita el siguiente texto:

General:

1. Esta Convención aborda un tema que en la jurisprudencia de algunos países se denomina —corrupción activa o —cohecho activo; eso significa que el delito es cometido por la persona que promete o da el soborno; a diferencia del —cohecho pasivo, en que el delito es cometido por el servidor que recibe el soborno. La Convención no utiliza el término —cohecho activo simplemente para evitar que sea mal interpretado por el lector inexperto en temas técnicos; ya que implicaría que quien comete el cohecho toma la iniciativa y que quien lo recibe es una víctima pasiva. De hecho, en varias situaciones, quien recibe el cohecho habrá inducido o presionado a quien lo comete y, en ese sentido, habrá sido el más activo.
2. Esta Convención busca garantizar una equivalencia funcional entre las medidas tomadas por las Partes para sancionar el cohecho de servidores públicos extranjeros, sin exigir uniformidad ni cambios en los principios fundamentales del régimen jurídico de una Parte. (OECD, 1997, p. 13)

Ámbito de aplicación

El Art. 5 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales referente a la Aplicación de la ley establece lo siguiente:

La investigación y el enjuiciamiento del cohecho de un servidor público extranjero deberán sujetarse a los principios y las normas aplicables de

cada Parte. En éstos no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado ni la identidad de las personas físicas o morales implicadas. (Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997, art. 5).

Jurisdicción

El Art. 4 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales referente a la Jurisdicción establece lo siguiente:

1. Cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio.
2. Cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.
3. Cuando varias Partes tengan jurisdicción sobre un presunto delito descrito en esta Convención, las Partes implicadas, a solicitud de una de ellas, deberán realizarán consultas para determinar la jurisdicción más adecuada para el proceso judicial.
4. Cada Parte deberá revisar si su criterio jurisdiccional actual es eficaz en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, y de no serlo tomará medidas correctivas. (Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 1997, art. 4).

Ente que resuelve el conflicto.

Cada parte.

1.4 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.4.1 El Conflicto

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2001, p. 621) el término conflicto proviene de la voz latina *conflictus* que significa: “combate, lucha, pelea. Enfrentamiento armado, Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Problema, cuestión, materia de discusión”. De la misma manera el diccionario García y Gross (1990, p. 125) lo define como “choque, combate”, “lucha, antagonismo”. No obstante de estas definiciones, el término conflicto más allá de su significado literal, no implica per se una situación negativa.

Ordinariamente se define al conflicto como una diferencia de intereses percibida, o una creencia que las partes en sus aspiraciones normales, no pueden alcanzar simultáneamente; o, como intereses opuestos relativos a recursos escasos con objetivos divergentes y frustración; un proceso cognitivo que implica percepciones de metas incompatibles por parte de, al menos, dos individuos; proceso cognitivo-emocional en el que dos personas perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder. (Rodas, 2010, p. 51)

Referirse al conflicto es referirse a la historia y evolución del propio ser humano, es una realidad con la que hay que convivir, de ahí que varios autores lo conciben en los siguientes términos:

El conflicto es un choque de intereses, valores, acciones o direcciones. Se aplica la palabra conflicto, desde el momento en que este choque tiene lugar, incluso cuando haya un conflicto potencial, esto significa que ya hay un conflicto de dirección, aunque el choque aún no se haya producido (De Bono, 1986, p. 13).

El conflicto es natural e inevitable, porque todo grupo social supone, de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones en su seno. Los conflictos, desde que importan afirmaciones contradictorias respecto de los bienes que son ilimitados, forman parte de la propia naturaleza de cualquier comunidad. (Caiviano, 1998).

Entender al conflicto le ha significado a la Academia desarrollar una Teoría del Conflicto, para cuyos proponentes “la idea de que, al hacer hincapié en contrastes, enfrentamientos, dominaciones y luchas, los resultados de la indagación son muchos más convincentes que los de una concepción que subraye aspectos más diluidos, consensuales y armónicos de la vida social” (Collins, 1975 y Dahrendorf, 1962, en Giner, Espinosa y Torres, 2006, p. 155).

Todo lo cual significa valorar al conflicto en su real dimensión: si se lo ve en forma tradicional exclusivamente como choque, pugna, divergencia y se lo interpreta como el resultado disfuncional de la ausencia de comunicación ello va a derivar en una percepción negativa del conflicto, en un fenómeno que se busca evitarlo, frente a lo cual los métodos para resolverlo serían los proporcionados por el poder punitivo del Estado: órganos administrativos y judiciales; pero por el contrario si se lo mira como parte natural de la vida, presente en las relaciones humanas, imposible de ser eliminado, asumiendo la responsabilidad de buscar alternativas con el objeto de generar respuestas favorables ante ellos, se está ante una perspectiva objetiva ante un suceso potencialmente positivo, como lo diría Márquez (2004, p. 30): “para poder abordar eficazmente un conflicto, es necesario avanzar en su comprensión como una condición humana orgánica, como un fenómeno natural y un suceso potencialmente positivo”. Enfoque este segundo, que permitirá que su resolución no sea patrimonio exclusivo del poder judicial, sino de métodos alternativos como la mediación a los cuales aquel puede derivarlos o estos ser aplicados directamente, por la voluntad y autonomía de las partes.

1.4.2 Resolución de Conflictos

1.4.2.1 Generalidades

Según Armendáriz (2003, p. 35) para la resolución de conflictos "constituyen variantes frente al litigio tradicional que permiten a las partes arribar a acuerdos más satisfactorios por cuanto no se desarrollan dentro del marco habitual ganador-perdedor". Entre los mismos están:

- a) Negociación.- es la acción y el efecto de negociar, es decir ceder, ventilar o gestionar diplomáticamente un asunto de interés recíproco o en representación de un tercero y para el cual se procura ganar.
- b) Conciliación.- es el avenimiento entre intereses contrapuestos, es armonizar a las partes en disputa (...). Es un mecanismo alternativo no adversarial de resolución de conflictos, mediante el que las partes buscan, por sí mismas, o con la ayuda de un tercero, la resolución de la disputa; arribando a un acuerdo a través de una transacción mediante una renuncia recíproca de derechos.
- c) Mediación.- es el método no adversarial y pacífico de resolución de conflictos, tendiente a lograr un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo.
- d) Arbitraje.- según la *American Arbitration Association* "es un método de resolución de conflictos alternativo del sistema judicial. Es el mecanismo mediante el que los conflictos son resueltos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales; producido un diferendo o un conflicto de intereses entre dos o más partes, éstas deciden someter su controversia a un tercero que provee la solución. Remisión de una disputa a una o más personas imparciales para la expresión de una determinación final y obligatoria".
- e) Evaluación neutral previa.- (...) Proceso mediante el que un tercero, experto e independiente a las partes (auditor), emite un informe con relación a las posiciones y argumentos de hecho y / o derecho de cada

parte, así como una sinopsis de recomendaciones sobre las que las partes pueden construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias. (...).

- f) Mini juicio.- se denomina así a la presentación oral efectuada por los abogados ante los directivos de las empresas entre las que se ha suscitado una controversia, quienes luego intentan arribar a un acuerdo. Se utiliza en temas de gran envergadura y consiste en una exposición de los propios abogados ante sus principales.
- g) “Alquiler” de un juez.- así se denomina a variante del arbitraje (...). Consiste en un procedimiento privado en el que las partes contratan a quien deberá actuar en la toma de decisión, que es generalmente un juez retirado. La característica de este método es que hay que fallar según el derecho y los precedentes legales, y se da en un muy limitado número de casos, y si la legislación del país en donde se decida lo permita, este no es el caso del Ecuador.

Utilización de expertos neutrales.- esta es la técnica en la que a las personas especializadas en determinada disciplina, se les solicita su opinión experta en aquellos casos en los cuales las partes involucradas se encuentran impedidas de dirimir una cuestión técnica por sí mismas, en estos casos se buscan a estos profesionales, para que emitan su opinión autorizada. (Armendáriz, 2003, p. 36).

1.4.2.2 Resolución de Conflictos en la legislación nacional (Normativa)

Constitución de la República

La Constitución de la República del Ecuador señala:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (El énfasis no es del texto).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)

La LOSNCP, señala:

Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva. (El énfasis no es del texto)

Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (El énfasis no es del texto).

Cabe señalar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue derogada por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) RO. 506 de 22 de mayo del 2015, de ahí que la referencia correcta debería decir: “aplicando para ello el Código Orgánico General de Procesos” (Disposición Reformatoria Primera del COGEP).

Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Reglamento General de la LOSNCP trae las siguientes disposiciones:

Art. 160: De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias.- Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. (El énfasis no es del texto).

Por su parte el artículo 161, señala:

De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables.

Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.

Art. 162.- Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

Art. 163.- Contencioso Administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia. (El énfasis no es del texto).

Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)

La ley de Arbitraje y Mediación señala con respecto a la regulación:

El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional, suscritos y ratificados por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los

laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional. (El énfasis no es del texto). (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, art. 42).

Cabe señalar que con la expedición del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), se reformó la Ley de Arbitraje y Mediación y si bien se estableció una *vacatio legis* de doce meses, para que entre en vigencia el COGEP, se establecieron excepciones, siendo, precisamente, una de ellas la referida ley. Así pues la Disposición Transitoria Décimo Sexta del COGEP señala: “Sustitúyase en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación la frase: “la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador” por “el Consejo de la Judicatura”.

De la misma manera la Disposición Derogatoria Décimo Tercera del COGEP, señala: “Deróguese el último inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el R.O. No. 417 de 14 de diciembre de 2006”.

La parte subrayada es la que queda derogada por así disponerlo el COGEP.

Cabe señalar que la razón para ello es que a partir de la vigencia del citado cuerpo procesal las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, deberán ser reconocidas y homologadas, previamente; es decir su ejecución ya no es directa, deberán pasar por la verificación de un conjunto de requisitos y un procedimiento contemplados en los artículos 104 y 105 del COGEP.

La ley de Arbitraje y Mediación señala con respecto a la mediación los siguientes artículos:

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Art. 44.- La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder. (El énfasis no es del texto).

Conforme lo establecido en la mencionada ley en lo referente a la capacidad para acudir al Arbitraje señala lo siguiente:

Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral. (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, art. 4). (El énfasis no es del texto).

Código Orgánico General de Procesos

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP), establece la siguiente normativa en referencia a la solución de controversias, en la que está inmersa la contratación pública:

Capítulo VII SENTENCIAS, LAUDOS ARBITRALES Y ACTAS DE MEDIACIÓN EXPEDIDOS EN EL EXTRANJERO.

Artículo 102.- Competencia.

Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido.

La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia.

Si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación.

Artículo 103.- Efectos. Las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron.

En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Artículo 104.- Homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero.

Para la homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen
2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.
3. Que de ser el caso, estén traducidos.
4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.
5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.

Artículo 105.- Procedimiento para homologación. Para proceder a la homologación, la persona requirente presentará su solicitud ante la sala competente de la Corte Provincial, la que revisado el cumplimiento de este capítulo, dispondrá la citación del requerido en el lugar señalado para el efecto. Citada la persona contra quien se hará valer la sentencia,

tendrá el término de cinco días para presentar y probar su oposición a la homologación.

La o el juzgador resolverá en el término de treinta días contados desde la fecha en que se citó. Si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada y la complejidad de la causa lo amerite, la Corte convocará a una audiencia, la cual se sustanciará y resolverá conforme con las reglas generales de este Código. La audiencia deberá ser convocada dentro del término máximo de veinte días contados desde que se presentó la oposición.

La sala resolverá en la misma audiencia. De la sentencia de la sala de la Corte Provincial podrán interponerse únicamente los recursos horizontales.

Resuelta la homologación se cumplirán las sentencias, laudos y actas de mediación venidos del extranjero, en la forma prevista en este Código sobre la ejecución.

Artículo 106.- Efectos probatorios de una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero. La parte que dentro de un proceso, pretenda hacer valer los efectos probatorios de una sentencia, laudo arbitral o acta de mediación expedidos en el extranjero, previamente deberá homologarlos en la forma prevista en este Código.

Como se ha podido ver la normativa tanto constitucional como legal y reglamentaria aborda la temática relacionada con la solución de conflictos en materia de contratación pública, para lo cual se ha previsto la vía judicial y aquella que tiene que ver con los medios alternativos como son la mediación y el arbitraje.

Solución de las controversias por medios alternativos

Se ha dejado claramente expuesto que toda acción humana se halla expuesta a conflictos de diversa naturaleza, porque generalmente siempre habrá intereses opuestos que le son inherentes.

Los medios alternativos surgen cuando el órgano jurisdiccional encargado de administrar justicia no cumple su función a cabalidad o la cumple deficientemente, generando desconfianza en la administración de justicia, por lo que se hace necesario encontrar otras formas alternativas para solucionar los conflictos sociales. (López, 2010, p. 200).

Es preciso aclarar, que tanto la mediación como el arbitraje son medios alternativos para la solución de controversias; sin embargo, éstas dos instituciones no son iguales como suele concebirse, pues tienen características propias que las hacen diferentes y se lo verá a continuación.

- **La Mediación**

"La mediación se puede comprender, como un proceso voluntario en el que un tercero neutral facilita las negociaciones entre los involucrados en una disputa para llegar a un acuerdo satisfactorio que finalice el conflicto satisfaciendo el mayor número de intereses de las personas en querrela". (Cueto, 2011, p. 18).

La principal diferencia entre mediación y arbitraje, radica en que la mediación es un proceso en el cual una tercera persona neutral ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo mutuo, pero no tiene autoridad para dictar una resolución obligatoria; mientras que el arbitraje es un proceso en el cual una tercera persona neutral resuelve el conflicto a él sometido, laudo que es de obligatorio cumplimiento.

- **El arbitraje**

Es un procedimiento alternativo, mediante el cual se resuelven extrajudicialmente las diferencias susceptibles de transacción surgidas o que surjan de las relaciones entre dos o más personas, quienes acuerdan someter la controversia a una tercera parte denominada árbitro o tribunal arbitral, para que dicte una resolución que es obligatoria para las partes.

Se parece a un juicio donde el árbitro es elegido por las partes, en procura de la conciliación. En este proceso, la decisión del tribunal de arbitramento se asimila a la sentencia de un juez y es denominada «laudo arbitral». El árbitro actúa como auxiliar de la justicia, buscando que esta se haga más clara para que los actores interesados puedan determinar las reglas de procedimiento y se convierta en un instrumento comunitario. (Fuquen, 2003, p. 277).

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 167, determina que: "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos establecidos en la Constitución"; y, en el artículo 190 establece que: "se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir". Es decir, permite a los particulares y aún al Estado para que puedan someter sus controversias a medios de solución alternativos como la mediación o el arbitraje.

Además, el Estado reconoce en la decisión arbitral el valor de cosa juzgada, es decir, que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene el valor equivalente a una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en dicho laudo no se cumple voluntariamente por la parte vencida, la otra parte podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez ordinario competente.

Dado el origen privado del arbitraje, las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral según sea el caso.

El arbitraje será voluntario cuando proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule, como es el caso señalado en el artículo 162 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, que dice:

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo. (RGLOSNC, 2008, art. 162).

En cambio, el arbitraje será forzoso cuando viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes antes de ocurrir el conflicto, que es el caso estipulado en el artículo 161 que prescribe:

En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables.

Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje. (RGLOSNC, 2008, art. 161).

A su vez la elección de la vía alternativa supone recurrir a árbitros libremente seleccionados o bien designar a un organismo especializa de “arbitraje institucionalizado”.

Al referirse a la cláusula compromisoria se puede decir que es el acuerdo previo suscrito entre las partes para solucionar futuras diferencias surgidas de

una relación contractual o no contractual, sujeta a los requisitos establecidos en la Ley.

Según Rocco (2001, p. 85), “La cláusula compromisoria es un contrato preliminar al compromiso, o sea, un contrato en el cual las partes se comprometen simplemente a deferir a uno o más terceros la resolución de una controversia futura”.

La Ley de Arbitraje, exige la forma escrita bajo sanción de nulidad y podrá constar en el mismo contrato o en un documento aparte.

Se puede, entonces, señalar que el objeto del convenio arbitral sin duda alguna es la resolución de una controversia o de varias controversias, por parte del árbitro u organismo especializado designado libremente por las partes.

Cabe preciar que el convenio arbitral tiene como efecto principal impedir que las partes sometan el caso a la justicia ordinaria, excepto en los casos que la misma Ley de Arbitraje prevé.

Respecto al procedimiento arbitral se tiene que manifestar que consiste en la actividad desplegada por las partes y los árbitros, en virtud de la función libremente otorgada y asumida por éstos, encaminadas a declarar la certeza de las relaciones jurídicas concretas y a resolver las correspondientes controversias a ellos sometidas.

Según lo dispone la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con respecto a la transacción y el desistimiento:

Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la

controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas Leyes. (...) (Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 2004, art. 12)

Además, en caso de que se quisiera firmar el convenio arbitral una vez surgida la controversia, deberá consultarse obligatoriamente al Procurador General del Estado, cuyo dictamen será obligatorio.

Se conoce como laudo arbitral a la resolución dictada por los árbitros u organismo especializado (arbitraje institucionalizado), que pone fin a la controversia.

Vale decir, los árbitros carecen de jurisdicción, pues nacen de una fuente convencional y por lo tanto sus funciones están limitadas específicamente al caso de la resolución, una vez finalizado el conflicto desaparecen las facultades que le fueron atribuidas.

Los árbitros emitirán su laudo por mayoría de votos y deberá estar firmado por todos, y si alguno no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución y consignará su voto salvado debidamente fundamentado.

En materia de Contratación Pública, el arbitraje será siempre en Derecho, es decir, que los árbitros deberán resolver los conflictos basados en la Ley. Conforme lo señalado en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Arbitraje y Mediación "Los árbitros deben atenerse a la ley, principios universales del Derecho, en la Jurisprudencia y en la Doctrina. Por tanto, los árbitros serán obligatoriamente Abogados".

Los laudos arbitrales son inapelables y solo podrán ser aclarados o ampliados si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días contados a partir de su notificación.

Solo procederá el recurso de nulidad que podrá ser presentado por cualquiera de las partes dentro del término de diez días contados desde la fecha en que el laudo se ejecutorió.

La acción de nulidad se presentará ante el árbitro o tribunal arbitral que dictó el laudo, para ante el respectivo Presidente de la Corte Provincial de Justicia. La acción de nulidad procede solo por las causales expresamente establecidas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y compete exclusivamente a la Función Judicial, y no suspende la ejecución del laudo, excepto cuando la parte recurrete solicite al árbitro o Tribunal Arbitral que se suspenda, rindiendo caución suficiente para el efecto, caución que deberá ser fijada en su monto por el mismo arbitro o tribunal, quien también deberá ordenar In suspensión de la ejecución conforme lo dispone el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Se debe indicar que la acción de nulidad no es de ninguna manera la prosecución del proceso arbitral, sino que representa un nuevo y autónomo proceso, por consiguiente, se trata de una acción independiente que procede en los casos expresamente previstos por la Ley.

El laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, pero carece de fuerza ejecutiva.

Esto obedece a que los árbitros carecen de jurisdicción (facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), ya que como se había indicado la referida jurisdicción es una atribución propia del Estado, consecuentemente la jurisdicción nace de la Ley, no del acuerdo de las partes, y su ejercicio corresponde legalmente a la Función Judicial, consecuentemente, el laudo arbitral necesariamente deberá ser ejecutado por los jueces ordinarios.

La ejecución de laudos extranjeros previa la promulgación del COGEP

El último inciso del Art. 42 de Ley Orgánica de Arbitraje y Mediación, derogado por la Disposición Transitoria Décimo Tercera del COGEP señala: “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.

Por su parte la Ley de Arbitraje y Mediación, con respecto a la ejecución del laudo nacional prescribe:

(...) Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo” (Ley de Arbitraje y Mediación, 1997, art. 32).

Del análisis de las disposiciones citadas se desprenden las siguientes consideraciones:

- No resultaba necesario obtener la homologación.
- La ejecución de los laudos era directa desde la vía de apremio.

Y como efectos se pueden señalar:

- El juez nacional estaba en la obligación de ejecutar el laudo.
- Se aplica el Art. 414 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la ejecución de sentencias extranjeras.
- En la ejecución del laudo no hay controversia.
- El demandado solo podía proponer excepciones posteriores al laudo relacionadas con el cumplimiento obligacional según el Art. 489 del CPC.

- El demandante no podía cuestionar el fondo del laudo extranjero.
- ¿Ejecución de laudos según LAM admite la constatación del cumplimiento del orden público?
- Equiparación del laudo extranjero a nacional.

La ejecución de laudos extranjeros a la luz del COGEP

- Autoridad Competente: Sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido. (COGEP, 2015, art. 102).
- Procedimiento (COGEP, 2015, art. 105)
 - Solicitud
 - Citación
 - Demandado puede proponer oposición en el término de 5 días.
 - Sentencia de homologación en el término de 30 días desde la citación.
 - Eventual audiencia en determinados casos complejos.
 - Sentencia que se dicta en la misma audiencia.
- Requisitos de verificación por parte de la Corte Provincial para la homologación: (COGEP, 2015, art. 104)

1. “Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen”

Lo anterior supone que deba consultarse la ley sede del arbitraje o la *lex arbitri* en el caso de que sean diferentes. Por otra parte, debe considerarse que al ser derecho extranjero debe ser probado, conforme lo estipula el Art. 162 del COGEP cuando señala: “(...) La parte que invoque la aplicación del derecho extranjero o disienta de ella presentará la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley”

2. “Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada”

La norma no supone doble exequátur, implica tan solo una constatación por parte del peticionario de que el laudo tiene efecto de cosa juzgada en consonancia con la legislación de origen.

3. “Que de ser el caso, estén traducidos”

Implica observar lo establecido en el Art. 200 del COGEP que señala: “Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley”

4. “Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes”.

Lo anterior significa que el derecho a la defensa este sustentado en la legislación de la sede, esto es la normativa vigente. No deja de ser complejo el tema de la prueba ¿cómo se lo prueba? Resulta, por decir lo menos gravoso jurídica y económicamente para las partes y la Administración de Justicia.

5. “Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero”

No habría mayores problemas en hacerlo.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y

convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez. (COGEP, 2015, art. 104).

Caben las siguientes consideraciones, respeto de la precedente norma:

- No existe referencia al “orden público”
- Debe aplicarse en todos los casos que se presenten.
- No toda violación legal es una violación al orden público.
- Se puede presentar un conflicto de leyes: *lex contractus* vs. ley local.
- Error de concepción al suponer que todo laudo arbitral dictado en contra del Estado responde a una materia no comercial.
- Implica probar hechos negativos.
- La autoridad competente en el juzgado de primera instancia del domicilio del demandado y en razón de la materia (Art. 102 del COGEP)
- El Procedimiento es la vía de apremio.

Por otra parte las disposiciones del COGEP establecidas en el Capítulo VII del Título I. Libro II (Artículos 102-106) contravendrían el texto de la Convención de Nueva York la que establece como requisitos para obtener el reconocimiento / ejecución de los laudos la presentación del original del laudo y del convenio, además crea una presunción de hecho a favor del reconocimiento / ejecución del laudo cuando en su Art. V señala: “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si ésta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución (...)”.

De la misma forma la Convención de Nueva York establece:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las

normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales. (Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, art. III). (El énfasis no es del texto)

Por lo expuesto las disposiciones del COGEP contravendrían la Convención de Nueva York, por las razones siguientes:

- Carga de la prueba del solicitante en violación de los artículos 3 y 5 de la CNY.
- Requisitos más gravosos que los establecidos en el Art. 4 de la CNY.
- No violación de la ley local.
- Constatar formalidades del Estado de origen.
- Impone condiciones más gravosas en relación con el reconocimiento/ejecución de laudos nacionales (Art. 3 CNY)
- El derogado Art. 42 último inciso cumplía con esta disposición.

Solución de controversias por vía judicial

Procederá cuando las partes contratantes no hubieran pactado cláusula compromisoria o no acordaran ventilar mediante solución arbitral. En este caso las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en el Código Orgánico de Procesos (COGEP).

Solo si no se hubiese pactado cláusula compromisoria o no se acordare ventilar mediante solución arbitral, las partes contratantes podrán dirimir sus conflictos

ante la Función Judicial, específicamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Según el COGEP, el procedimiento contencioso-administrativo se aplica a varias acciones, entre otras: las de plena jurisdicción o subjetiva, y de anulación u objetiva.

La acción de plena jurisdicción o subjetiva, está prevista y normada en el COGEP el cual señala:

La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesiones derechos subjetivos. (COGEP, 2015, art. 326)

Como lo señala la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (1968), en su artículo 3 "El recurso de plena jurisdicción o subjetiva ampara un derecho subjetivo de recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata".

En la pretensión procesal denominada de plena jurisdicción, se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien en su caso atendiendo una demanda de indemnización. Para interponer esta acción, no basta invocar un interés, sino que es necesario tener como base la lesión de un derecho subjetivo" (Dromi, 2006, pp. 1257-1258).

La acción de plena jurisdicción, protege un derecho subjetivo del actor, originado en la Ley o en el acto administrativo, por eso, el Tribunal resuelve en este caso sobre la validez del acto administrativo y las reivindicaciones que fueren pertinentes.

Además, el Tribunal tiene jurisdicción plena, es decir, goza de amplias facultades para analizar los fundamentos de hecho y de derecho de la situación jurídica individualizada interpuesta.

La acción de anulación u objetiva, está prescrita en el artículo 326 numeral 2) del COGEP:

La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Por su parte el tratadista Dromi (2006) acota:

Es un medio de defensa del derecho violado y solo persigue la anulación del acto lesivo. Con ésta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiera tener el recurrente y de los daños que pudieran habersele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario al derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda, y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo. (pp. 1257-1258).

Esta acción de anulación no se da contra la persona administrativa propiamente dicha, sino contra sus actos, por eso su fin no es restaurar derechos ni provocar indemnizaciones, sino proteger el imperio de la Ley o de la norma jurídica lesionada por el acto administrativo cuya anulación se demanda, por eso el fallo se pronunciará estrictamente sobre la validez o invalidez (nulidad) del acto.

Sin embargo, a pesar de que el recurrente accione amparándose en determinado recurso que considere procedente, constituye obligación del

Tribunal calificar y determinar el que legalmente corresponda, en base a los fundamentos expuestos en la demanda.

2. CAPÍTULO II. CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA DESDE EL AÑO 2008

2.1 CONCEPTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Referirse a la contratación pública es, además de lo manifestado en el capítulo precedente, referirse a uno de los principales instrumentos jurídicos que tienen por objeto dinamizar la economía del país y convertirse en "(...) un catalizador de la balanza comercial para reducir las importaciones e impulsar la producción nacional" (Riofrío, 2014, p. 6). Todo lo cual encaja en el modelo de desarrollo económico que se ha trazado el gobierno de la "Revolución Ciudadana", en el que su principal objetivo es transformar la matriz productiva, en este sentido el "Servicio Nacional de Contratación Pública, en adelante (SERCOP) ha implementado la metodología para el cálculo del Valor Agregado Ecuatoriano - VAE-, esto es el establecimiento del nivel de componente nacional que un bien o servicio posee" (Riofrío, 2014, p. 6).

Para autores ecuatorianos como Dávila (2005, p. 20) "La Contratación Pública constituye la herramienta que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de sus fines, ya que para la ejecución de cualquier proyecto, siempre se tendrá que recurrir a la Contratación Pública como medio de ayuda.

Dávila refiere que la contratación pública es la herramienta, se diría el instrumento del cual se vale la Administración Pública para cumplir sus fines, pero además señala que es un medio de ayuda para la ejecución de cualquier proyecto, que en la práctica, se concreta en la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.

Según Sayagués (1998, p. 113) "la Administración Pública no siempre obra en sentido unilateral, o sea, mediante actos administrativos, sino que frecuentemente llega también a consensos, pactos, acuerdos con los

particulares u otros entes públicos, por lo que celebra actos bilaterales, y plurilaterales de diferente naturaleza".

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica que la contratación pública: "Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. [...]". (LOSNCP, 2008, art. 6). (El énfasis no es del texto).

Según Celleri (2005, p. 45), "El objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y prestación de servicios, debiendo añadir físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración contratar; y el fin, el bienestar público".

Por otra parte, la actual legislación de contratación pública en el Ecuador se refiere a la materia como un sistema nacional, lo cual para autores como Dávila (2015, p. 21) "(...) no es una simple ley, sino que va mucho más allá, constituye un universo de posibilidades jurídicas, sociales, económicas, políticas, etc. que permiten la adquisición de determinados productos para el correcto desenvolvimiento de la Administración Pública".

Hablar de la contratación pública es hablar del contrato público o administrativo, al respecto Lima (Lima, 2001, p. 26) señala que contrato administrativo "es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos personas, una que representa la función administrativa y otra que es un particular o también puede representar a la misma función administrativa".

Por su parte el diccionario jurídico OMEBA dice que contrato administrativo es: "el celebrado entre la administración, por una parte, y un particular o empresa por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de alguna fuente de riqueza dependiente de la entidad de derecho público" (1960, p. 120).

Jeze (2007, pp. 586-587) señala que:

“Son contratos administrativos los realizados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí”.

Para el tratadista Bielsa (1966, p. 12) “el contrato administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”.

Dromi (2001, p. 361) señala que es “toda declaración bilateral o de la voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

Estas definiciones no distan de lo que significa en esencia y en principio el contrato visto desde el Código Civil, su Art. 1453 señala: “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”. Como se ve el contrato es un acuerdo de voluntades que en el ámbito civil lo celebran los particulares en igualdad de condiciones, diferenciándose del contrato administrativo, entre otros aspectos por la no presencia de un ente público y la inexistencia de prerrogativas especiales de las que goza éste.

Para ilustrar de mejor manera las diferencias con los contratos civiles, se expone el siguiente cuadro:

Tabla 3: Diferencias entre contratos civiles y administrativos

Criterios para su diferenciación	Contratos Civiles	Contratos Administrativos
Sujetos	Intervienen exclusivamente particulares	Una de las partes contratantes es la Administración Pública
Objeto	Prima el interés individual, particular	Lo principal es el servicio público, prima el interés colectivo
Formalidades	Tienen pero no en la dimensión de los contratos administrativos	Se establecen una serie de formalidades no contempladas para los contratos civiles
Jurisdicción	Ordinaria	Especial

Adaptado de (Código Civil Ecuatoriano, 2005).

Continuando con el contrato administrativo, Dromi analiza los términos de su definición, en primer lugar, cuando se refiere a que es “una declaración de voluntad común” significa que se requiere ciertamente “la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra”. En segundo lugar, el señalado autor en cuanto a “productor de efectos jurídicos” el contrato de la administración determina de una forma recíproca atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos para las partes. En tercer lugar, al referirse a la relación que se da “entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa” precisa que cualquiera de los órganos estatales puede celebrar contratos administrativos, lo puede hacer con otros entes públicos o también con entes privados sean personales naturales o jurídicas, respecto de este punto los autores citados coinciden en que la relación contractual supone siempre y en todo momento tener necesariamente como una de las partes al ente público.

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en

cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral. (Dromi, 2001, p. 361)

2.2 ELEMENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

"Referirse a los elementos de la contratación pública, no es sino referirse a los elementos de los contratos administrativos que son los mismos de los actos administrativos: sujetos; voluntad; objeto y forma y que corresponden a su validez y existencia del contrato" (Dromi, 2001, p. 361). El autor citado justifica su aseveración argumentado que siendo los contratos actos administrativos le son aplicables los mismos principio de su teoría; por otro lado, no de jade reconocer que si hay una diferencia entre ellos es la naturaleza bilateral de los contratos.

a) Los sujetos

Los sujetos de los contratos públicos son la administración pública en cualquiera de sus modalidades y los particulares. "En los contratos del Estado siempre hay dos partes: la estatal, que demanda bienes o servicios necesarios para el funcionamiento del Estado, denominada contratante, y la particular o proveedora que se llamará contratista. Bien puede suceder que esa parte proveedora sea igualmente sea pública" (Herrera, 2003, p. 258).

Lo manifestado supone hablar de dos partes, por un lado la Administración Pública, esto es el Estado y demás entes públicos, y también las personas privadas en el caso que ejerzan función administrativa por delegación y, por otro lado, el o los contratistas: personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que también pueden ser personas públicas estatales y no estatales.

Dromi (2001, p. 362) identifica los contratos interadministrativos cuando el contratista es otro órgano público.

b) Capacidad, habilidad y competencia

La capacidad, habilidad y competencia atañen a la validez del contrato, los sujetos o las partes contractuales deben tener aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato, de parte del contratista se le exige y como presupuesto del consentimiento la capacidad jurídica y la competencia del órgano público en ejercicio de su potestad administrativa. (Dromi, 2001 p. 363)

Respecto de la competencia Lima (2001, p. 31) señala: "Es el conjunto de facultades o poderes que las leyes conceden a los representantes legales de la administración central institucional o seccional para que ejecuten determinadas actividades, como contratar. En otros términos es la aptitud de obrar de estas personas públicas o de sus órganos, papel o rol que se podría decirse que es el equivalente al que corresponde a la capacidad de las personas de existencia visible en el derecho privado".

La capacidad legal se refiere a la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, al respecto el Art. 1462 de la Codificación al Código Civil establece que "toda persona es legalmente capaz, excepto los que la ley declare incapaces". Por su parte el Art. 61 de la LOSNCP y el Art. 109 de su Reglamento, otorgan la capacidad para contratar a los ministros y máximas autoridades administrativas de las Entidades Contratantes, los mismos que pueden delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad y a los organismos adscritos a ella u otras instituciones del Estado en caso que la entidad contratante no tenga oficinas permanentes en el lugar donde deba realizarse el contrato.

Vale aclarar que cuando se ha mencionado la competencia del órgano público para contratar, se halla sobreentendida la capacidad, refiriéndose más bien a facultades como la de aprobar los pliegos, declarar desierto el proceso, revocar el contrato, etc.

Respecto a los contratistas, refiriéndose a las personas naturales o jurídicas privadas nacionales o extranjeras, éstas deben ser capaces, así lo determina el Art. 1462 del Código Civil, que señala: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, y cumplir con las demás condiciones establecidas en la Ley.

Respecto a la capacidad del sujeto particular que concurre a celebrar un contrato administrativo se señala:

Ella se rige, en principio, por las normas del derecho privado, que en el caso sean aplicables. No obstante, se debe tener en cuenta que la capacidad del sujeto particular puede y suele estar regulada, también por normas específicas del derecho administrativo, que pueden modificar, ampliándola o restringiéndola, aquella capacidad genérica de las personas. En caso de que tales normas administrativas existan, deben ser aplicadas con prioridad a las que son propias del derecho privado. (Lima, 2001, p. 32).

Lo anterior supone tener muy en cuenta tanto la normativa privada como la pública respecto de la capacidad de los sujetos para contratar, existiendo prioridad de ésta sobre aquella.

En lo que tiene que ver con la habilidad, ésta supone la capacidad, pero no viceversa, tan es así que pueden haber personas capaces de contratar pero inhábiles para hacerlo. Según la LOSNCP, son inhábiles generales para contratar con el Estado, entidades del sector público como el Presidente, Vicepresidente de la República, ministros, prefecto, alcaldes; e inhábiles especiales los consejeros provinciales, los concejales municipales, entre otros, sí estas personas llegaren a contratar serán declarados nulos, a través del juez competente, además trae consecuencias como la terminación del contrato con las respectivas indemnización al contratista, sanciones administrativas y penales de las

que son responsables solidarios los funcionarios que hubieren incurrido en dicha terminación por el dolo que recae en su ejecución.

c) El consentimiento

El consentimiento como expresión de la voluntad válida común, hace a la existencia del contrato; como recaudo existencial del acto, importa la manifestación de voluntad coincidente de las partes. El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común negocial. (Dromi, 2001, p. 365).

Según Granja (2002, p. 335) “el consentimiento es una manifestación de la voluntad común de las partes”.

Por su parte Lima (2001, p. 32) dirá: “El consentimiento no es sino el concurso o el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto determinado. La existencia de la voluntad es una condición básica y necesaria para contratar”.

Por lo antes manifestado el consentimiento o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, constituye un requisito esencial para la existencia de un contrato, su ausencia en cualquiera de las partes vicia el acto, deviniendo su nulidad. El vicio según la doctrina puede venir del error, fuerza o dolo, así además lo establece la legislación, en el caso ecuatoriano el artículo 1467 de la Codificación al Código Civil, se refiere a esta temática.

d) El objeto

El objeto del contrato es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa, querida o convenida por las partes. Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue

al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes (Dromi, 2001, p. 366)

De similar manera Granja (2002, p. 327) señala: “Consiste el objeto del contrato en la obligación que por él se constituye, la misma que lleva envuelta una prestación de dar, hacer o no hacer, deseada por las partes”.

Por su parte Lima (2001, p. 34) trae al debate y la reflexión que en los contratos públicos, respecto del objeto, hay que tomar en cuenta dos aspectos y según la perspectiva que se adopte: el contenido y el objeto, respecto del contenido precisa que “sería aquellos en los que el contrato en sí mismo consiste, sus elementos constitutivos y caracterizantes, mientras que el objeto sería, el efecto que se propone alcanzar la administración al concertar el contrato”. Sin embargo hay quienes sostienen que el objeto se halla subsumido en el contenido, posición a la que se adhiere Lima y también el autor del presente trabajo.

Se está de acuerdo que el objeto, es la materia y el efecto que se persigue, todo se subsume en término “objeto”, el mismo que debe ser cierto, lícito y determinado no pudiendo contrariar la ley, ni los intereses y fines de la Administración Pública.

e) La causa

El Código Civil define la causa como “(...) el motivo que induce al acto o al contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)” (Código Civil, 2005, art. 1483).

López (2010, p. 88), en la línea de Código Civil y refiriéndose a la causa dice: “Es la situación de hecho que han considerado las partes y que las determina a contratar para satisfacerla; en otras palabras es el porqué del contrato”.

En este orden de ideas Dromi (2011, p. 367) señala que: “La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva”.

Lima (2001, p. 34) expresa: “Se entiende por causa lícita el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o la contraria al orden público y a las buenas costumbres”.

Los autores concuerdan en que la causa es el motivo, es la razón determinante que induce al contrato.

En concreto la causa responde a la pregunta del ¿para qué se contrata?: en definitiva para satisfacer un fin público.

f) Forma y Formalidades

Según López (2011, p. 89) “las formalidades o exigencias determinadas en la Ley para ciertos actos constituyen un requisito de existencia de los mismos, cuya omisión los invalida”. Pero además son necesarios para su validez.

Para Lima (2001, p. 36) “las formalidades son los requisitos que deben cumplirse para expresar la voluntad administrativa en el acto que se trate, pudiendo ser anterior, concomitantes y aun posteriores a dicho acto”. La omisión de estas formalidades afectaría la validez del contrato.

Dromi en este tema señala que se tienen que distinguir entre formalidades y forma.

Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliegos de condiciones), concomitantes (actos de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades. La forma es uno

de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual (Dromi, 2001, p. 367).

Respecto de la forma se puede ejemplificar el caso de determinados contratos que tienen que hacerse o elevarse a escritura pública; y, respecto a las formalidades, por ejemplo, que el contratista esté inscrito en el Registro Único de Proveedores RUP. En definitiva las formalidades son determinados requisitos que se exige, su inobservancia podría acarrear la nulidad del acto.

2.3 SERCOP Y SUS ATRIBUCIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública SERCOP, antes denominado Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo fin fundamental es velar porque se cumplan los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional en los diversos procedimientos de contratación, y asegurar que se cumplan los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo establecido en el art. 4 de la LOSNCP.

Fue creado como un "organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria (...)". (LOSNCP, 2008, art. 10).

2.3.1 Representación, designación y atribuciones

El representante legal del SERCOP será el Director Ejecutivo, que será designado por el Presidente de la República conforme lo estipula la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo N° 10; Dentro de sus principales atribuciones está el promover y ejecutar la política

de contratación pública dictada por el Directorio, lo que implica establecer los parámetros y condiciones sobre los cuales ejecutarán las contrataciones las instituciones del sector público, administrarán el Sistema Oficial de Contratación Pública y la información relevante a través de las herramientas electrónicas las mismas que permitiría el cumplimiento de los principios que rigen la materia.

Por su parte el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, confiere dentro de sus atribuciones el "Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las Entidades Contratantes; (...), generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes." (RGLOSNC, 2008, art. 6).

2.3.2 El directorio, sus funciones y las atribuciones del director ejecutivo

Según lo establece el artículo 14 de la LOSNC el Directorio del SERCOP, se conformará por seis autoridades entre las cuales destacan "El Ministro responsable de la Producción, Empleo y Competitividad, (...); La máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación; El Ministro de Finanzas; (...) y la máxima autoridad del organismo encargado de la inclusión económica". (LOSNC, 2008, art. 14). Adicionalmente se integrará este directorio un alcalde y un prefecto electo en representación de cada una de sus asociaciones y el Director Ejecutivo del SERCOP como secretario.

La principal función del Directorio determinada por la Ley es el "Planificar, priorizar, proponer y dictar la política nacional en materia de contratación pública." (LOSNC, 2008, art. 12), lo que implica que cada autoridad tendrá que velar por el cumplimiento y mejoramiento de los aspectos que interactúen con los temas de contratación pública establecidos en cada uno de sus sectores.

El Director Ejecutivo como la máxima autoridad del SERCOP tendrá las atribuciones establecidas en el artículo 7 del Reglamento General de la LOSNCP entre las que destacan el "Ejecutar las políticas y acciones aprobadas por el Directorio; (...) Emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del SNCP y del SERCOP, que no sea competencia del Directorio". (RGLOSNCP, 2008, art. 7).

2.3.3 Financiación

El SERCOP según lo determinado por la LOSNCP, en su artículo 13 contará con los recursos "que se le asignen en el Presupuesto General del Estado; (...) Los derechos de inscripción en el Registro Único de Proveedores; Los que obtenga por efectos de donaciones y asistencias de instituciones y organismos nacionales o internacionales; y, Los que provengan de convenios por uso de las herramientas (...)". (LOSNCP, 2008, art. 13).

2.3.4 El control y evaluación del sistema

El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá las fases del procedimiento de contratación, desde la preliminar hasta la pos contractual. (LOSNCP, 2008, art. 14).

Además deberán cuidar por el cumplimiento de los objetivos y atribuciones previstos en los artículos 9, 10 y 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para ejercer el control del Sistema, el SERCOP podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud. (LOSNCP, 2008, art. 14).

Igualmente los miembros del SERCOP serán responsables administrativa, civil y penalmente en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

2.3.5 Herramientas del sistema. Los Registros

Acorde a las disposiciones de los artículos 16, 97, 98 y 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento respectivamente, el SERCOP, deberá llevar obligatoriamente cuatro registros:

1. Registro Único de Proveedores;
2. Registro de Contratos;
3. Registro de Incumplimientos; y,
4. Registro de Entidades Contratantes.

2.4 SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.4.1 Generalidades

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), fue expedida el 4 de agosto del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 395, reformada según consta en el R.O. 100 de 14 de octubre del 2013 y vino a sustituir a la Ley Contratación Pública de 1990, ésta fue reformada en el año 2003 y derogada en agosto del 2008, la que a su vez reemplazó a la ley de Licitaciones de 1964 la que para 1974 sufriera reformas pasando a denominarse Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.

Para autores como López (2010, p. 29) la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “sepulta las viejas prácticas y establece como principios de la Contratación Pública, la publicidad, la transparencia, la igualdad, la eficiencia, entre otras, desterrando así las prácticas viciosas que imperaba en la antigua Contratación Estatal”.

No puede dejarse, ciertamente, de reconocerse que la contratación pública ha sufrido, entre otros, cambios importantes con la nueva Ley, empezando por señalar el uso de los procedimientos electrónicos: creación del Portal de Compras Públicas, el incremento de modalidades de contratación, la creación de un órgano público técnico rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) como es el (SERCOP) con dos roles principales: la regulación del mercado público; y, la administración de los procedimientos y herramientas. En definitiva con la creación del SNCP el que debe cumplir con los principios establecidos en la Ley los cuales están enmarcados dentro de los conceptos de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

López (2010, p. 30), respecto al SNCP acota:

El Sistema beneficia la efectividad de la gestión administrativa ya que ofrece a los encargados de los procesos de contratación mayores elementos de juicio y de comparación a la hora de contratar, dado que los datos que se extraen del Sistema reflejan la realidad y la actualidad de las diferentes opciones de compra, consecuentemente las Entidades cuentan con la posibilidad de escoger la propuesta que resulte más conveniente a sus intereses.

Por eso, el SNCP permite la realización de principios importantes en la función administrativa, como son la moralidad, ya que favorece la sana competencia entre los proveedores de los servicios ofrecidos al Estado; la eficacia, pues permite una consulta rápida del mercado; la economía, porque facilita la escogencia de las mejores opciones de compra y la celeridad e imparcialidad, porque aporta elementos para una selección más objetiva en la contratación. (El énfasis no es del texto)

López con acierto señala que el SNCP beneficia la efectividad posibilitando que la entidades públicas puedan escoger de entre varias opciones en tiempo real, aquella que resulte la más conveniente a los intereses públicos; porque

además el Sistema permitiría la realización de principios como la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad e imparcialidad.

Por su parte Espinosa y Valenzuela (2014, p. 24) señalan que el SNCP:

Está en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, promoviendo en las instituciones del Estado la sujeción de la contratación pública a la planificación y presupuestos, como garantía de la calidad del gasto público; así mismo, busca la participación a través de ofertas competitivas de artesanos, profesionales, MI PYMES como elementos dinamizadores de la producción y como garantía de la transparencia de los procesos de contratación pública; la aplicación efectiva de la normativa contractual; y, garantizar la permanencia del sistema a través de la aplicación efectiva del control y gestión de la transparencia.

2.4.2 Concepto, entidades que lo forman y órganos competentes

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es: “El conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes” (LOSNC, 2008, art. 7), se convierte así en un mecanismo que busca garantizar la calidad del gasto público y la participación de todos los agentes económicos dando prioridad a los pequeños y medianos proveedores nacionales. Cabe resaltar que según la misma norma, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, las instituciones del sector público o instituciones del Estado señaladas en el artículo 1 de la citada LOSNC.

Siendo sus órganos competentes “El Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, quienes forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública en el ámbito de sus competencias”.(LOSNC, 2008, art. 8).

2.4.3 Objetivos

Los objetivos que persigue el Sistema Nacional de Contratación Pública, establecidos por la Ley principalmente son el "Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; (...) Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional" (LOSNCP, 2008, art. 9). Adicionalmente busca promover la participación de artesanos y miembros de la economía popular y solidaria aportando condiciones que les permitan ser competitivos y de esta forma contribuir con el desarrollo productivo de estos sectores

2.5 USHAY, ANÁLISIS DEL MÓDULO INFORMÁTICO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Está disponible en el portal informático el Módulo Facilitador de Contratación Pública USHAY, que desarrolla 4 componentes: elaboración del PAC, elaboración de pliegos, elaboración de ofertas y evaluación de ofertas. Esta herramienta informática pretende facilitar el trabajo a los operadores del portal de compras públicas, ya que les permitirá trabajar sin conexión a red, hacer prácticas y validar toda la información sin necesidad de cargarla al portal oficial de compras públicas.

Una vez que el funcionario cuente con todos los documentos listos puede conectarse al internet, ingresar al portal institucional y publicar toda la información generada a través del Módulo Facilitador de Contratación Pública USHAY.

Esta herramienta informática tiene su sustento legal en la Resolución No. RE.-SERCOP-2014-0000015, publicada el 02 de octubre de 2014, que contiene las Normas de uso de los módulos facilitadores de la Contratación Pública denominados "USHAY".

La Disposición General Primera de la antes mencionada Resolución determina:

Las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los proveedores del Estado que participen en los procedimientos de contratación pública, usarán los módulos facilitadores USHAY PAC, USHAY PL, USHAY CA y, USHAY OF de manera obligatoria a partir del primero de enero del año 2015. (Resolución RE.-SERCOP-2014-0000015, 2014).

En este contexto, la mencionada Resolución, oficializa el uso de esta herramienta electrónica, en los siguientes términos:

Ámbito de Aplicación.- “USHAY” es el “Módulo Facilitador de la Contratación Pública”, aplicativo informático que permite la elaboración del Plan Anual de Contratación (USHAY PAC), condiciones especiales de los pliegos (USHAY PL), ofertas (USHAY OF) y ayuda en la calificación de ofertas (USHAY CA); estandarizando y reutilizando la información registrada en el Sistema Oficial de Contratación del Estado -SOCE-, fortaleciendo la eficiencia y eficacia de la contratación pública.

Según lo señala dicha Resolución, los otros aplicativos de USHAY son los siguientes:

USHAY PAC.- Es una aplicación web para el desarrollo, de manera fácil e intuitiva del Plan Anual de Contratación (PAC), habiéndose parametrizado la información necesaria para que las entidades contratantes ingresen y publiquen la planificación de los bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que requerirán durante el ejercicio fiscal.

Las entidades contratantes que usen el ESIGEF, al momento de generar el PAC en este módulo, obtendrán directamente del Ministerio de Finanzas las partidas presupuestarias validadas para las contrataciones que planifiquen realizar.

Será responsabilidad de las entidades contratantes las reformas o modificaciones al PAC, mismas que deberán ser realizadas a través del SOCE.

USHAY PL.- Aplicativo informático en el que las entidades contratantes generarán, las condiciones particulares del pliego con sus respectivos formularios, de los procedimientos comunes de contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y/o prestación de servicios, ya sea por licitación, cotización y menor cuantía, subasta inversa electrónica; así como para los procedimientos de contratación de los servicios de consultoría por contratación directa, lista corta y concurso público, lista corta por contratación directa desierta, concurso público por contratación directa desierta; y, concurso público por lista corta desierta.

Por lo tanto, USHAY PL no modifican a las condiciones generales del pliego, ni a las condiciones generales del contrato correspondiente a cada procedimiento de contratación, documentos que forman parte del pliego y que se encuentran publicados en el portal institucional del SERCOP.

USHAY CA.- Aplicativo informático mediante el cual las entidades contratantes contarán con una ayuda para la calificación de las ofertas presentadas en los procedimientos de contratación de régimen común, información que facilitará la emisión de actas de calificación.

USHAY OF.- aplicativo informático mediante el cual los proveedores del Estado, desarrollarán sus ofertas en los procedimientos de contratación de régimen común, siguiendo la información que fue parametrizada por la entidad contratante al momento de la utilización del aplicativo USHAY PL. (Resolución RE.-SERCOP-2014-0000015, 2014).

Algo muy positivo que se debe destacar de la aplicación de la Contratación Pública a través de la herramienta USHAY, es que ahora los procesos de adquisición serán más disciplinados, puesto que antes, se ejecutaban una serie de adquisiciones, estén o no en el PAC institucional del correspondiente ejercicio económico y al final de año se hacía las reformas correspondientes, situación que es ajena a la realidad y lógica procesal. Porque en caso de surgir

una necesidad que no estaba planificada lo correcto es reformar el PAC e inmediatamente proseguir con la contratación.

Actualmente con USHAY, si un procedimiento de contratación no consta en el PAC institucional, al momento de la elaboración del pliego, el sistema simplemente no permitirá iniciarlo. Estando obligados a proceder con su reforma, previo al inicio del trámite precontractual.

La utilización de la herramienta USHAY de acuerdo al ex director del SERCOP, Juan Aguirre, tiene las siguientes bondades:

- Entregar a las entidades contratantes y oferentes un herramienta portable que:
 - Facilite el desarrollo de la documentación habilitante utilizada en la fase de preparatoria y precontractual.
 - Estandarice la información a registrarse.
 - Minimice los errores generados por la utilización de diferentes formatos, plantillas, etc.
 - Disminuya los tiempos de creación de documentos al reutilizar información. (...)
- Beneficiar al Sistema Nacional de Contratación Pública con:
 - Información tabular que pueda ser utilizada en herramientas de búsqueda y análisis.
 - Correlación de información.
 - Datos de calidad en formato estándar.
 - Transparencia.
 - Ahorro en almacenamiento.

USHAY está conformado por dos aplicaciones o utilitarios de escritorio en formato web que permiten tanto a proveedores como entidades contratantes generar información habilitante para los procedimientos

precontractuales como: El PAC (Plan Anual de Contratación), Pliegos de régimen común, Ofertas y la Matriz de calificación. Estos utilitarios trabajan e interactúan de la mano con el portal oficial de contratación pública del Ecuador (...). (Ribadeneira, 2015, p. 18-19).

2.6 CONTRATACIÓN EXTRATERRITORIAL

La territorialidad es un principio básico del Derecho, y tiene que ver con el ámbito de espacio donde se ejercen las normas jurídicas; así se tiene que, una entidad contratante, dentro del territorio ecuatoriano decide adquirir un determinado producto, se someterá al universo jurídico que regula la contratación ecuatoriana.

El Reglamento General de la LOSNCP, trae la siguiente norma sobre la aplicación de la territorialidad, señala:

Aplicación territorial.- Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional. No se regirán 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. Para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador, y siempre que dichas contrataciones no se encuentren dentro de lo previsto en el artículo 3 de la Ley y 2 de este Reglamento General, se aplicará la legislación nacional. Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos en el inciso segundo de este artículo, a más de las publicaciones en medios internacionales, deberá

publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gov.ec. Para optar por la contratación de bienes y servicios en sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirán resolución motivada que justifique el proceso de contratación en el exterior, sin que este pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley y en este Reglamento General. Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, de conformidad con los pliegos que determine el INCOP, y aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad. (RGLOSNC, 2008, art. 3). (El énfasis no es del texto).

Como se puede apreciar el primer inciso del Art. 3 del Reglamento General de la LOSNC dispone una regla general: “Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional”.

Por su parte, el inciso tercero del mismo artículo señala: “Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador, y siempre que dichas contrataciones no se encuentren dentro de lo previsto en el artículo 3 de la Ley y 2 de este Reglamento General, se aplicará la legislación nacional”.

Al respecto la LOSNC y 2 de su Reglamento General señalan las excepciones:

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. (LOSNC, 2008, art. 3). (El énfasis no es del texto).

Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.- En la suscripción de los convenios de crédito o de cooperación internacional se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales. (RGLOSNC, 2008, art. 2).

Como ejemplo se pueden señalar la contratación de la construcción de la central eléctrica (Coca Codo Sinclair), " El Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair de 1,500 MW es el más ambicioso y emblemático de la historia energética del Ecuador, está ubicado entre las Provincias de Napo y Sucumbíos". (Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, s.f., párr. 2), financiado con crédito internacional otorgado por el Eximbank de la República de China, por un monto de 1.700 millones de dólares, en este caso rige el acuerdo o convenio bilateral que hayan suscrito las partes. Por otra parte, lo que se conoce también es que esta contratación para el desarrollo de ingeniería, provisionamiento de equipos y materiales, construcción de obras civiles, montaje de equipos y puesta en marcha del proyecto no se sometió a la LOSNC sino a un reglamento especial.

Siguiendo con la territorialidad de la ley, en la jurisdicción nacional, se tiene el caso de las embajadas ecuatorianas en países extranjeros que de acuerdo al Derecho Internacional Público constituyen territorio nacional, las cuales, para poder cumplir con sus fines institucionales deberán realizar ciertas contrataciones, lo que las obliga a acudir a los proveedores del país donde se encuentren, por lo tanto, las disposiciones de la LOSNC no les son aplicables. En otros términos se puede acotar, que la LOSNC pierde eficacia jurídica por efectos del principio de territorialidad de la norma.

Pero ¿qué ocurre en el caso que una entidad contratante, dentro del territorio ecuatoriano, decide adquirir un producto en el extranjero? En este caso la entidad contratante tiene dos opciones:

La primera, convocar a un procedimiento establecido en la LOSNCP y recibir ofertas de los importadores (proveedores ecuatorianos), conscientes que el Valor de Agregado Ecuatoriano (VAE) del producto será del 0% o un porcentaje realmente mínimo. En este caso, se encarece el producto, puesto que el importador considerará en su precio ofertado un margen de utilidad o rentabilidad personal, lo cual es válido y legal desde el ámbito del comercio y los negocios; pero debe considerarse que la entidad contratante se evita de realizar trámites de importación, aduanas, transporte, etc. En este contexto, la institución debe hacer un análisis objetivo de costo-beneficio, respecto del nivel de frecuencia que adquiere un determinado producto fabricado en el extranjero.

Al respecto el sexto inciso del Art. 3 del Reglamento General de la LOSNCP señala que "Para optar por la contratación de bienes y servicios en sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirán resolución motivada que justifique el proceso de contratación en el exterior" (RGLOSNCP, 2008, art. 3).

Es decir, que a criterio y bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, procederá a la adquisición e importación directa de productos en el extranjero.

La segunda opción que tiene una entidad contratante, es realizar todos los trámites pertinentes para su importación directa, sin considerar ningún procedimiento establecido en la LOSNCP y por consiguiente a los proveedores ecuatorianos.

En el Art. 3 del Reglamento General de la LOSNCP, incisos dos y tres, cuando habla del universo jurídico nacional que regula las contrataciones ecuatorianas indica que:

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.

Para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). (El énfasis no es del texto).

Si una entidad contratante en territorio ecuatoriano, decide adquirir directamente un producto en el extranjero debe solicitar formalmente autorización por escrito al SERCOP, así lo determina el Art. 10 de la LOSNCP, al establecerse como una de las competencias del Ente Rector.

3. CAPÍTULO III. CONTRATACIÓN PÚBLICA EXTRATERRITORIAL EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 CHILE

Chile es un país que cuenta con un bien estructurado Sistema de Contratación Pública, su Mercado de Compras Públicas “Chile Compra” opera con un marco normativo único, sustentado en la gratuidad, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación.

La normativa sobre la materia contractual pública se sustenta en la Ley N°19.886 denominada Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su Reglamento y en las políticas (condiciones de uso de la plataforma y directivas de contratación). Los principales artículos relacionados a su aplicación, en materia de extraterritorialidad son expuestos en el anexo 1 de este documento.

Se puede apreciar con claridad meridiana que tanto la Ley como el Reglamento de Contratación Pública chilenos contemplan el principio de territorialidad al establecer que los contratos que celebre la Administración del Estado se ajustarán a su legislación interna de compras, sin descartar las normas establecidas en los Tratados internacionales sobre la materia contractual ratificados por Chile. Asimismo contemplado la contratación con personas naturales o jurídicas extranjeras en su territorio, las que deberán sujetarse a su legislación.

De la misma manera la legislación contractual pública chilena contempla el caso de extraterritorialidad, es decir la aplicación de una normativa externa en su territorio, cuando excluye a los contratos “efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismos internacional, asociados a créditos o aportes que éste otorgue (...)”; manteniéndose sin embargo la legislación contractual interna como norma supletoria.

3.2 ARGENTINA

Respecto de la Argentina el órgano rector de la contratación pública es la Oficina Nacional de Contrataciones, cuya normativa se sustenta en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y su reglamento. Los principales artículos relacionados a su aplicación, en materia de extraterritorialidad son expuestos en el anexo 2 de este documento.

La legislación argentina de contratación pública contenida básicamente en su Régimen de Contrataciones de la Administración y Reglamento, contempla el principio de territorialidad de la aplicación de la ley, cuando somete los diferentes tipos o modalidades contractuales del Estado y entidades públicas a su normativa interna. De la misma manera la legislación contractual argentina somete al ámbito de su aplicación a los contratos provenientes de licitación o concursos nacionales o internacionales; sin embargo en este segundo caso diferencia entre los unos y los otros.

Respecto de las licitaciones o concursos, estos serán internacionales conforme lo mencionado en el Art. 26 de RCAN. En este último supuesto se entendería que de todas maneras primaría como regla general la normativa argentina interna, puesto que la contratación podría hacérsela en una sede diplomática argentina en el exterior o en el propio territorio nacional, desde luego con algunas especificidades o “revistiendo tal carácter” por la ofertante encontrarse en el exterior o no tener sucursal registrada en el país. Tómese en cuenta además que de acuerdo con el Reglamento al Régimen argentino de contratación pública en las licitaciones o concursos internacionales se podrán presentar quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de su giro se encuentre en el país o no.

En lo que tiene que ver a la extraterritorialidad de la ley tanto el Régimen de Contrataciones argentino como su Reglamento contemplan una disposición que excluye de la aplicación de la normativa nacional a determinados

contratos, concretamente los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, debiendo entenderse que estarán sometidos al régimen normativo especial que, en el caso de las entidades internacionales o de crédito, por lo general lo imponen. Siendo un régimen menos vertical cuando la contratación se da entre Estados. De todas maneras no es la legislación nacional la que se aplica sino una ad-hoc para el caso específico; sin embargo puede aplicarse la legislación nacional si de mutuo acuerdo así se establece en el instrumento que acredite la relación contractual. Y, por otra lado, la disposición del artículo 5 del Régimen de Contrataciones que se viene analizando parecería que deja a salvo la facultad fiscalizadora de la normativa nacional de este tipo de contrataciones.

3.3 COLOMBIA

Colombia dispone del Sistema Electrónico de Contratación Pública SERCOP regulada por la Ley 80 que expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su reglamento. Los principales artículos relacionados a su aplicación, en materia de extraterritorialidad son expuestos en el anexo 3 de este documento.

La legislación colombiana en materia de contratación pública y respecto a la territorialidad y extraterritorialidad se halla contemplada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y su Reglamento, concretamente el artículo 13 del Estatuto y Capítulo VI numerales 3.6.1 y 3.6.2 del Reglamento como se ha dejado expuesto. Correspondiendo, ahora, realizar el análisis de esta normativa.

Respecto del principio de la territorialidad de la ley la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-395 del 2002, se pronunció en el siguiente sentido:

El principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio. Dicho principio es expresión de la soberanía del Estado con referencia al elemento territorial o espacial del mismo. (El énfasis no es del texto).

Está claro entonces, que el principio de territorialidad se ve concretado en que los actos, en el caso que nos ocupa, actos contractuales provenientes de la Administración Pública realizados en territorio colombiano están sometidos a la normativa interna de ese territorio, desde luego hay sus matizaciones y excepciones.

El primer inciso del art. 13 del mencionado estatuto es indudable que el legislador estipuló un Estatuto mixto dado lugar a una normativa protectora de la gestión pública como a dispositivos abiertos a la iniciativa privada, cuando señala: “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. Así la legislación colombiana en materia contractual comporta la intervención del derecho público y del privado.

El segundo inciso del artículo 13 de la ley 80 la regulación se estatuye sobre el respeto a la aplicación de la norma extranjera en los contratos que se celebren en el exterior por los delegados del Estado colombiano, lo que es concordante con el principio de soberanía territorial nacional, con el criterio del lugar de celebración de los contratos. De la misma manera fundado en el criterio del lugar de ejecución de los contratos, el inciso en análisis deja a la decisión de las partes contractuales la aplicación de la normativa extranjera la ejecución de los contratos suscritos en el exterior, siempre y cuando tal ejecución no se realice en el Estado colombiano. Por lo mismo, cuando el contrato suscrito en el extranjero deba ejecutarse en Colombia, obligatorio será darle aplicación a la legislación colombiana.

Respecto del tercer inciso del artículo 13 de la ley 80 que dispone: “Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera”. Con fundamento una vez más, en el criterio del lugar de ejecución de los contratos, el tercer inciso deja a la decisión de las partes la aplicación de la normativa extranjera a los contratos que habiéndose celebrado en Colombia, bajo la ley colombiana, se ejecuten en el exterior.

Caben sin embargo hacer algunas precisiones: en primer lugar y como norma general todo contrato que se celebre en un país determinado, en este caso Colombia, debe someterse a la legislación interna. En segundo lugar, la ejecución en el extranjero de los contratos celebrados en Colombia, en principio debe sujetarse a la normativa nacional, a menos que las partes acuerden la aplicación del régimen jurídico extranjero a dicha ejecución contractual, toda vez que es facultativo hacerlo (...).

El cuarto inciso del artículo 13 de la Ley 80 se refiere a los recursos económicos vinculados al financiamiento de la contratación estatal proveniente entes u organismos internacionales, en tal hipótesis la legislación nacional colombiana no es aplicable, debiendo someterse a “...a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.”. Especificidad contractual extraterritorial que encontraría su justificación en el hecho que los Estados forman parte de esos organismos internacionales como el FMI, el BID, por lo que pueden aceptar su normativa y régimen de contratación internacional. (...). (Sentencia C-395, 2002).

3.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Con el objeto de establecer las semejanzas y diferencias que puedan existir entre las legislaciones de Ecuador con sus pares: Chile, Colombia y Argentina

en materia de Contratación Pública referidas a la contratación internacional y más concretamente al principio de extraterritorialidad, cabe referirse, en primer lugar, a la territorialidad.

3.4.1 Territorialidad

El principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de esta forma cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de su territorio. (Sentencia T-1157, 2000).

Las semejanzas que se pueden encontrar respecto al principio de la territorialidad de la ley en materia contractual, se ven reflejadas en la normativa que consta en el la tabla No. 4, del que se desprende que Ecuador, Chile y Argentina tiene una redacción que aunque no similar contemplan el principio de la territorialidad, siendo el Ecuador quizá el que de mejor manera lo estipula cuando señala: “...Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional... Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador...” (RGLOSNC, 2009, art. 3). El énfasis no es del texto.

En tanto que Chile al expresarse en su artículo 1: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”. (LBCASYPS, 2003, art. 1). El énfasis no es del texto.

Así como Argentina: “El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones”. (RCAN, 2001, art. 2). El énfasis no es del texto.

Colombia, por su parte contempla en su legislación: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”. (EGCAP, 1993, art. 13). El énfasis no es del texto.

La normativa contractual en cada uno de estos países hace alusión que la contratación pública se regirá por su normativa nacional interna, es decir el principio de territorialidad de la ley constituye la regla general, siendo el sustento de la soberanía como atributo esencial de cada uno de los Estados, pero que en el concierto internacional y de la globalización de las relaciones comerciales está morigerado por las necesidades de intercambio, crecimiento y desarrollo y, desde luego, de la plena aceptación de los Estados de regímenes normativos externos, pero que de todas maneras pertenecen al Derecho Internacional en el que se pretenden conjugar las demandas de las naciones; sin dejar de desconocer que esas relaciones en muchos de los casos son desiguales.

Tabla 4: Principio de territorialidad en la contratación pública

ECUADOR	CHILE	ARGENTINA	COLOMBIA
NORMATIVA CONTRACTUAL			
Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCNP)	Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Ley N° 19.886 (30-07-2003)	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional. (Decreto delegado N° 1023/2001 con las Modificaciones Introducidas por los Decreto No. 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 26940.) Bs. As., 13/8/2001	Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Ley 80 de 1993
TERRITORIALIDAD			
Art. 3.- "Aplicación territorial.- Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional...Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador, y siempre que dichas contrataciones no se encuentren dentro de lo previsto en el artículo 3 de la Ley y 2 de este Reglamento General, se aplicará la legislación nacional"...	Artículo 1°.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.	Artículo 2°.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones	Artículo 13°.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley

Adaptado de (Reglamento General de la LOSNCNP Ecuador, 2008, art. 3; Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile, 2003, art. 1; Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina, 2001, art. 2 y Estatuto General De Contratación De La Administración Pública de Colombia, 1993, art. 13).

3.4.2 Extraterritorialidad

Respecto de la extraterritorialidad, expuesta en la tabla No. 5 se tiene las siguientes semejanzas y diferencias:

Los países de Ecuador, Chile, Argentina y Colombia tienen una legislación similar respecto del financiamiento de los contratos públicos con préstamos provenientes de la cooperación internacional u organismos multilaterales de crédito, en todos los casos la normativa a aplicarse no es la de la contratación pública interna de esos Estados, sino la que se estipule en un convenio especial que las partes lo suscriban.

Ecuador y Argentina contemplan la posibilidad que la celebración de los contratos también se lo pueda hacer con otros Estados, en el caso ecuatoriano se habla de “gobierno a gobierno”, en tanto que en el caso argentino se menciona los contratos que se celebren con estados extranjeros. Colombia hace referencia a los contratos que se celebren con “personas extranjeras”; en todos estos casos se estará o podrá estar sometidos a convenios especiales o reglamentos.

En el caso ecuatoriano se hace mención también a “las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero (...), 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”. En tanto que Colombia tiene una norma que señala: “Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia”. Se puede apreciar que hay una similitud en consonancia con el criterio del lugar de celebración de los contratos, que no es sino el respeto por la aplicación de la norma extranjera en relación con los contratos celebrados en el exterior.

Tabla 5: Extraterritorialidad en la legislación comparada

ECUADOR	CHILE	ARGENTINA	COLOMBIA
NORMATIVA CONTRACTUAL			
LOSNCNP 04-08-2008	LEY NÚM. 19.886 (30-07-2003)	Decreto Delegado N° 1023/2001	LEY 80 DE 1993
EXTRATERRITORIALIDAD			
<p>RLOSNCNP: Art. 3.- Contratos Financiadados 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.</p> <p>LOSNCNP. Art. 3.- (...) No se regirán por dichas normas [las nacionales] 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 <u>a las normas legales del país en que se contraten</u> o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional (...)</p>	<p>Art. 3º.- Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley:</p> <p>c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que éste otorgue;</p>	<p>Art. 5º. CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedarán excluidos los siguientes contratos: “</p> <p>c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control”</p>	<p>Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. (...) Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.</p> <p>Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes.</p>

Adaptado de (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador, 2008, art. 3; Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile, 2003, art. 3; Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina, 2001, art. 5 y Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 1993, art. 13)

3.5 BALANCES COMPARATIVOS

3.5.1 Principio de Territorialidad

Cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio.

Tabla 6: Legislación del principio de territorialidad

PAÍSES	PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD
Ecuador	si se legisla
Chile	si se legisla
Argentina	si se legisla
Colombia	si se legisla

3.5.2 Extraterritorialidad

Por excepción los Estados pueden permitir que una legislación externa sea aplicable en su territorio.

Tabla 7: Comparativo de países que permiten legislación externa

Países	Ecuador	Chile	Argentina	Colombia
Extraterritorialidad				
CONVENIO ESPECIAL	SI	SI	SI	SI
Sustitutivo de la legislación estatal interna por Financiamiento proveniente entes u organismos internacionales	Pero, en lo no establecido se aplicará la Ley nacional		Pero sin perjuicio de la aplicación de la ley nacional, cuando así se establezca de común acuerdo y de las facultades de fiscalización	En todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes

4. CAPÍTULO IV. MECANISMOS Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EXTRATERRITORIAL MEJORAMIENTO O CREACIÓN DEL PROCESO

4.1 HERRAMIENTA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1.1 En el Ámbito Nacional

En la contratación pública ecuatoriana la normativa prevé que el SERCOP, para la ejecución de políticas y control previo, esté auxiliado por dos herramientas técnicas: el Registro Único de Proveedores, con sus siglas RUP (Sección I del Capítulo II del Título II de la Ley) y el portal COMPRAS PUBLICAS cuya página electrónica es www.compraspublicas.gov.ec. (Art. 21 de la Ley y Sección III del Capítulo II del Título II del Reglamento).

La herramienta RUP. - El Registro Único de Proveedores es un instrumento que proporciona información oficial de los proveedores para que los mismos puedan ser contratistas de la administración pública y, a la vez, es un instrumento que los habilita para tener tal calidad.

Al respecto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala:

Registro Único de Proveedores.- Créase el Registro Único de Proveedores (RUP), como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar (...), será dinámico, incluirá las categorizaciones dispuestas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y se mantendrá actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real. (LOSNC, 2008 art. 16).

El RUP puede ser suspendido por tres causales las mismas que son descritas en el art. 19 de la LOSNCP, la primera por haber sido declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido; en segundo lugar, por no actualizar la información requerida para su registro en el SERCOP; y la tercera, por haber sido declarado inhabilitado. Una vez que se hayan subsanado las causales con las respectivas sanciones se rehabilitará al proveedor automáticamente.

La herramienta portal.- Se trata de una importante innovación en la contratación pública ecuatoriana, el uso de la herramienta informática o portal electrónico, convirtiéndose en la base de los procedimientos precontractuales y así, la ley trata de lograr la aplicación efectiva de los principios de igualdad, transparencia, concurrencia, vigencia tecnológica y publicidad que ella promueve en su artículo 4.

Cabe señalar, sin embargo que el portal no está exento de posibles “pirateos electrónicos” o de introducción de virus en el sistema informático de las entidades contratantes, lo que cada vez obliga más al Sistema a protegerse de los mismos.

Como se puede apreciar, las dos herramientas que tiene el sistema de contratación pública en el Ecuador, y con los cuales cuenta el SERCOP, posibilitan un mejor servicio para las entidades contratantes y proveedores nacionales o extranjeros.

4.1.2 En el Ámbito Internacional

En ámbito internacional pueden darse dos variables respecto de la extraterritorialidad, en primer lugar los referidos a procesos internacionales de contratación de bienes o servicios que se adquieran en el extranjero, debiendo ser importados por las entidades contratantes nacionales. En este caso, y como ya se estudiará, estos procesos se someterán a las normas legales del

país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

Sin embargo estos procesos no están exentos de la utilización de la herramienta: portal de compras públicas conforme lo manda el Art. 3 inciso 5) del RGLOSNC, (2009), que señala: "Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos en el inciso segundo (...), a más de las publicaciones en medios internacionales, deberá publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gov.ec " (El énfasis no es del texto).

En un segundo caso, en los contratos financiados con Préstamos y Cooperación Internacional, "(...) se observará lo acordado en los respectivos convenios (...)" (LOSNC, 2008, art. 3). Así, por ejemplo, lo establece el Banco Interamericano de Desarrollo (BID): "Las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rigen por el Contrato de Préstamo y la aplicabilidad de estas Políticas para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato", (BID, 2011, p. 1), con lo que las herramientas nacionales: RUP y Portal Informático podrían o no utilizarse, respecto de la ejecución del proyecto, todo depende del convenio.

4.2 PROCEDIMIENTOS

El procedimiento para la adquisición de bienes y servicios o ejecución de obras en el ámbito internacional depende de la naturaleza de la contratación que se vaya a realizar, así en lo que respecta a la extraterritorialidad se tiene:

a) Procedimiento para la adquisición de productos en el extranjero e importaciones

Tabla 8: Procedimiento para la adquisición de productos en el extranjero e importaciones

Normativa Relacionada	
Obligatoriedad para todas las entidades contratantes Art. 2 Resolución INCOP No. 016-09	Aplicación.- Este capítulo es de aplicación obligatoria para la importación de bienes realizada directamente por las entidades enumeradas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre que no hayan realizado un procedimiento de contratación pública aplicando los márgenes de preferencia nacional, en los términos del Art. 1 de esta resolución.
Art. 3.- Solicitud electrónica	Para la importación, las entidades contratantes publicarán a través del portal: www.compraspublicas.gov.ec , sus requerimientos de bienes a importarse. La publicación la realizarán siempre antes de realizar los procedimientos de selección en el extranjero o antes de realizar la importación.
Art. 4.- Contenido de la publicación	La publicación deberá contener las especificaciones técnicas del bien cuya importación se requiere, y de ser aplicable, la referencia a reglamentaciones técnicas emitidas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN.
Art. 5.- Invitaciones	El portal realizará invitaciones a los proveedores de bienes de origen nacional registrados en el Registro Único de Proveedores, RUP en la correspondiente categoría del bien requerido, con el fin de que presenten sus manifestaciones de interés a través del portal, dentro del término de tres días. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier proveedor, aun cuando no hubiera sido invitado, podrá presentar su manifestación de interés dentro del mismo término.
Art. 6.- Manifestación de interés	<p>Todo proveedor habilitado que esté en condiciones de suministrar el bien requerido de producción nacional, enviará dentro del término referido en el artículo anterior una manifestación de interés a través del portal, la misma que deberá ser analizada por la entidad requirente. Dentro del término de cinco días, la entidad deberá realizar el análisis de las manifestaciones de interés, que incluirá la verificación de los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que el bien se considere de origen nacional, de conformidad con los parámetros obligatorios vigentes, aplicables al sistema nacional de contratación pública. • Que el bien cumpla con las especificaciones técnicas y de calidad requeridas. • Capacidad de cumplimiento del contrato del proveedor, en caso de resultar adjudicado. Los resultados de la verificación se publicarán en el portal www.compraspublicas.gov.ec, y podrán ser impugnados en los términos establecidos en el Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin efecto suspensivo.
Art. 7.- Calificación	Si la entidad contratante verifica que existe oferta nacional deberá iniciar el procedimiento de contratación que corresponda, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
Art. 8 Verificación por parte del SERCOP. -	Sin perjuicio del procedimiento anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, una vez efectuada la publicación a la que se refieren los Arts. 3 y 4 de esta resolución, verificará en sus bases de datos o en otras bases con las que tenga interconexión si existe oferta nacional, caso en el cual, notificará a la entidad requirente para que inicie los procedimientos de contratación correspondientes de conformidad con la ley. También podrá requerir información a entidades y organismos públicos o privados, con el fin de verificar la existencia de producción nacional. De considerarlo pertinente, el SERCOP solicitará a la entidad requirente que efectúe las comprobaciones de conformidad con el Art. 6 de esta resolución.
Art. 9.- Autorización de importación.-	Si del análisis de las manifestaciones de interés la entidad concluye que no existe oferta nacional, o si luego de realizada la verificación establecida en el artículo anterior no se determina la existencia de producción nacional el SERCOP autorizará la importación correspondiente, con la cual la entidad podrá iniciar el procedimiento de selección en exterior o de importación.
Procesos internacionales de adquisición competitivos Art. 3 Reglamento General de la LOSNCP.	Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones de conformidad con los pliegos que determine el SERCOP, y aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad.

Adaptado de (LOSNCP, 2008, art. 1; RGLOSNCP, 2008, art. 3; Resolución INCOP No. 016-09, 2009)

Posteriormente, a través de la Resolución INCOP No. 087-2013, se establece la Norma General para la transmisión de la solicitud de autorización de licencias de importación a través de la Ventanilla Única Aduanera, que indica lo siguiente:

Art. 1.- La tramitación de la "Solicitud de Autorización de Licencias de Importación" se hará a través de la Ventanilla Única Ecuatoriana mediante el uso del sistema ECUAPASS del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Art. 2.- El procedimiento descrito en la presente Resolución será ejecutado por la Dirección Nacional de Operaciones de Contratación Pública bajo las condiciones técnicas que establezca la SENA E.

En el anexo 4 se expone un ejemplo de respuestas a preguntas formuladas en un proceso de régimen de excepción y resolución de autoridad competente para la adquisición vía importación y en que se aplica el Art. 3 del RGLOSNC.

b) Procedimiento para la adquisición de bienes y servicios y la ejecución de obras con financiamiento externo.

I. Generalidades

Se debe recordar que en el caso de contratos financiados con préstamos y cooperación internacional la normativa aplicable es la referente al convenio o contrato de préstamo, suscrito entre la entidad externa y la entidad estatal interna, como lo señala el Art. 3 de la LOSNC y las normas específicas que otros ordenamientos jurídicos han previsto y han sido analizadas a la hora de estudiar el derecho comparado.

Una muestra de esto fue el pronunciamiento de la Corte Constitucional del Ecuador el, 13 de marzo de 2009 en SENTENCIA INTERPRETATIVA No.

0001-09-SIC-CC. CASO 0005-09-IC, a propósito de un crédito que estuvo negociando el gobierno del Ecuador con el BID por USD 100 millones, destinados a financiar el “Programa Competitividad II Desarrollo Productivo y Acceso a Financiamiento”

El contrato de préstamo a suscribirse con el antedicho organismo multilateral estipulaba, dentro del capítulo VIII de Normas Generales, en la letra b) del artículo 8.04 que: “(...) El Tribunal fallará en conciencia, con base en los términos de este contrato y pronunciará su fallo aún en el caso de que alguna de las partes actúe en rebeldía.”

La observación que se le hace al contrato se refiere a que: “(...) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y por el numeral 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, "Los organismos y entidades del sector público solamente podrán someterse a arbitraje en derecho, por lo que es improcedente lo establecido en el literal b) del Proyecto de Contrato de Préstamo".

Al respecto el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, mediante petición de 09 de febrero del 2009, solicita a la Corte Constitucional para el período de Transición que proceda a “*interpretar el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador*”, tomando en cuenta, entre otros argumentos, que:

El Estado ecuatoriano suscribirá un contrato internacional de préstamo con un organismo multilateral de crédito u organismo internacional; esto es, Banco Internacional de Desarrollo –BID- lo cual no implica contratación pública y, por lo tanto no se aplica a las normas invocadas por el señor Procurador General del Estado (El subrayado no es del texto).

Finalmente la Corte Constitucional se pronuncia:

Interpretar, que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá entenderse como sinónimo de “fallo en equidad”, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador.

En conclusión lo que predominó fue el texto del contrato de préstamo del BID, corroborando la norma de la LOSNCP.

Dicho esto, se seguirá como un ejemplo de contratación extraterritorial los lineamientos y políticas del BID contenidos en el documento “Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo” (2011), a los cuales el Ecuador y demás países se han sometido a la hora de contar con su financiamiento para la adquisición de bienes o servicios y la ejecución de obras.

El BID en el documento referido señala que el Banco y el prestatario se rigen por:

(...) el Contrato de Préstamo y la aplicabilidad de estas políticas para la contratación de bienes y obras se estipulan en dicho contrato. Los derechos y las obligaciones del Prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, y no por las presentes Políticas ni por el Contrato de Préstamo. (PABYOFBID, 2011, p. 1)

Si bien en la práctica las reglas y procedimientos de contratación específicos a seguir en la ejecución de un proyecto dependen de cada

caso, los requisitos exigidos por el Banco están orientados por cuatro consideraciones, a saber:

- (a) la necesidad de atender a criterios de economía y eficiencia en la ejecución del proyecto, inclusive para la contratación de los bienes y para la ejecución de las obras involucradas en él;
 - (b) el interés del Banco en dar a todos los oferentes elegibles, tanto de países Prestatarios como no Prestatarios miembros del Banco, la misma información e igual oportunidad de competir en el suministro de bienes y la ejecución de obras financiados por el Banco;
 - (c) el interés del Banco en fomentar el desarrollo de los contratistas y fabricantes del país Prestatario; y
 - (d) la importancia de que el proceso de contratación sea transparente.
- (PABYOFBID, 2011, p. 2)

Además el documento del BID contempla otros lineamientos generales como son:

- Libre competencia.
- Otros métodos de contratación.
- *Aplicabilidad de las Políticas*

A toda contratación de bienes y obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo. La parte que no sea financiada y por incidir en el proyecto el banco de todas maneras se reserva el derecho de supervisarla, así:

- (a) (Que) sean de calidad satisfactoria y compatible con el resto del proyecto;
- (b) (Que) se entreguen o terminen oportunamente; y
- (c) (Que) tengan un precio que no afecte desfavorablemente la viabilidad económica y financiera del proyecto. (PABYOFBID, 2011, p. 2).

- **Elegibilidad**
Se benefician del financiamiento las firmas o individuos de países miembros del banco.
- **Contratación Anticipada y Financiamiento Retroactivo**
El prestatario puede iniciar las contrataciones antes de la firma del correspondiente Contrato de Préstamo con el Banco, asumiendo los riesgos los que podría reconocer luego el banco, siempre y cuando así lo contemple el contrato.
- **Asociaciones en Participación**
Los prestatarios pueden asociarse en un procedimiento contractual, pero el Banco no acepta condiciones de asociación obligatoria entre firmas.
- **Revisión por el Banco**
El Banco examina los procedimientos, documentos, evaluaciones de ofertas, recomendaciones y adjudicaciones de contratos para asegurarse que el proceso de contratación se lleve a cabo de conformidad con los procedimientos convenidos.
- **Contrataciones No Elegibles para Financiamiento del Banco**
El Banco no financia gastos por concepto de bienes y obras cuya adquisición o contratación no se haya hecho de conformidad con los procedimientos establecidos en el Contrato de Préstamo y conforme haya sido detallada en el Plan de Contrataciones.

El prestatario al referirse al banco deberá utilizar el siguiente lenguaje:

“[Nombre del Prestatario o Beneficiario] (en adelante denominado el “Prestatario”) ha solicitado o recibido un financiamiento (en adelante denominado “fondos”) del Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante denominado “el Banco”) para sufragar el costo del proyecto

especificado en los documentos de licitación (DDL). (...). (PABYOFBID, 2011, p. 5).

- **Prácticas Prohibidas**

El Banco exige a todos los Prestatarios (...) observar los más altos niveles éticos y denunciar al Banco todo acto sospechoso de constituir una Práctica Prohibida del cual tenga conocimiento o sea informado durante el proceso de selección y las negociaciones o la ejecución de un contrato. Las Prácticas Prohibidas comprenden: (i) prácticas corruptas; (ii) prácticas fraudulentas; (iii) prácticas coercitivas; (iv) prácticas colusorias y (v) prácticas obstructivas. (PABYOFBID, 2011, p. 5).

- **Plan de Adquisiciones**

El Prestatario debe preparar y, antes de las negociaciones del préstamo, someter al Banco para su aprobación, un Plan de Adquisiciones aceptable al Banco que detalle: (a) los contratos particulares para bienes, ejecución de obras y/o servicios requeridos para llevar a cabo el proyecto durante el período inicial de por lo menos 18 meses; (b) los métodos propuestos para las contrataciones que estén previstas en el Contrato de Préstamo; y (c) los procedimientos aplicables para el examen del Banco (...).(PABYOFBID, 2011, p. 9).

II. Procedimiento

El procedimiento contractual en el ámbito internacional extraterritorial que contempla el BID, fundamentalmente está dado por la Licitación Pública Internacional, que responde a los siguientes presupuestos:

Tipo y Monto de los Contratos

Los documentos de licitación deben especificar claramente el tipo de contrato que ha de celebrarse y las estipulaciones contractuales adecuadas propuestas al efecto. Los tipos más comunes de contratos

son: a) los que estipulan pagos sobre la base de una suma alzada, b) los de precios unitarios, c) los de reembolso de costos más comisión fija y d) las combinaciones de estos. (...). (PABYOFBID, 2011, p. 9).

En ciertos casos el Banco puede aceptar o exigir contratos llave en mano, en virtud de los cuales se proporcionen los diseños técnicos y servicios de ingeniería, el suministro e instalación de equipo y la construcción de una planta completa mediante un solo contrato. (PABYOFBID, 2011, p. 10).

Licitación en Dos Etapas

Para contratos de grandes y complejas obras puede emplear (se) un procedimiento de licitación en dos etapas, en la primera una invitación a presentar propuestas técnicas sin precios y, en la segunda, una invitación a presentar propuestas técnicas definitivas y ofertas de precios. (PABYOFBID, 2011, p. 10).

Notificación y Publicidad

El prestatario debe elaborar y presentar al Banco una versión del Aviso de lo que va a contratar, el banco autorizará tal aviso y en el que el prestatario deberá incluir toda la información de las adquisiciones que requiera. Cuando éstas se conozcan, se deben indicar las fechas en que los interesados pueden obtener los documentos de precalificación o de licitación. (PABYOFBID, 2011, p. 11).

Precalificación de Oferentes

El BID exige en su modelo de contrato la precalificación de oferentes fundamentalmente en los casos de obras de magnitud o de complejidad considerable. (PABYOFBID, 2011, p. 11).

Documentos de Licitación

En los documentos de licitación debe proporcionarse toda la información necesaria para que un posible oferente prepare una oferta

con respecto a los bienes que deban suministrarse o las obras que hayan de construirse. Si bien el detalle y complejidad de estos documentos pueden variar según la magnitud y características del conjunto que se licite y el contrato en cuestión, ordinariamente deben incluir: el llamado a licitación; instrucciones a los oferentes; el formulario de las ofertas; el formulario del contrato; las condiciones contractuales, tanto generales como especiales; especificaciones y planos; la información técnica que corresponda (incluyendo las características geológicas y ambientales); listas de bienes o cantidades; el plazo de entrega o terminación y los apéndices necesarios, tales como formularios de diversas garantías. La base sobre la cual se debe evaluar y escoger la oferta evaluada como la más baja se describirá claramente en las instrucciones a los oferentes, en las especificaciones, o en ambas. Si se cobra una suma por los documentos de licitación, ésta debe ser razonable y reflejar solamente el costo de la impresión y envío y no ser tan alta como para desalentar la participación de oferentes calificados. El Prestatario podrá utilizar un sistema electrónico para distribuir los documentos de licitación, siempre y cuando el Banco esté satisfecho con la funcionalidad de ese sistema. Si los documentos de licitación se distribuyen electrónicamente, el sistema debe ser seguro para impedir modificaciones a los documentos de licitación y no debe restringir el acceso de oferentes a los documentos de licitación. En los siguientes párrafos se dan orientaciones acerca de componentes críticos de los documentos de licitación.

Los Prestatarios deben utilizar los *Documentos Estándar de Licitación (DEL)* apropiados, emitidos por el Banco, con los cambios mínimos que éste considere aceptables y que sean necesarios para cubrir cuestiones específicas relativas a un proyecto. (PABYOFBID, 2011, p. 11).

Validez de las Ofertas y Garantía de Mantenimiento de Oferta

Señala el Banco:

Se debe exigir a los oferentes que presenten ofertas que permanezcan válidas durante un período especificado en los documentos de licitación, que sea suficiente para permitir al Prestatario efectuar la comparación y evaluación de las ofertas, y obtener la no objeción del Banco relativa a la adjudicación (si así lo exige el Plan de Adquisiciones), y obtener todas las aprobaciones necesarias, de manera que el contrato se pueda adjudicar dentro de ese período.

Los Prestatarios tienen la opción de requerir una garantía de mantenimiento de la oferta. Cuando se utilice, la garantía debe ser por el monto especificado en los documentos de licitación y la garantía de mantenimiento de oferta debe permanecer vigente por un período de cuatro semanas adicionales al período de validez de las ofertas, a fin de proporcionar al Prestatario un tiempo razonable para actuar en caso de que la garantía se hiciese exigible. Una vez que se haya firmado el contrato con el oferente ganador, las garantías de mantenimiento de oferta deben ser devueltas a los demás oferentes. (...). (PABYOFBID, 2011, p. 13).

Idiomas

Los documentos de precalificación y licitación y las ofertas se deben preparar en uno de los siguientes idiomas, a elección del Prestatario: español, inglés, francés o portugués

Claridad de los Documentos de Licitación

Los documentos de licitación deben estar redactados adecuadamente y en ellos se deben describir con toda claridad y precisión las obras a ejecutar, su ubicación, los bienes a suministrar, el lugar de entrega o instalación, el calendario de entrega o terminación, los requisitos

mínimos de funcionamiento, y los requisitos en cuanto a garantías y mantenimiento, así como cualesquiera otras condiciones pertinentes. Además deben identificar los factores que se tomarán en cuenta. La información será igual para todos los oferentes y de haber correcciones, aclaraciones o modificaciones de los documentos se debe enviar, a cada uno de los posibles oferentes que adquirieron los documentos de licitación originales, con tiempo suficiente respecto a la fecha fijada como límite para la recepción de las ofertas. (...)

Normas Técnicas

Se debe especificar normas técnicas de aceptación internacional, como las emitidas por la Organización Internacional de Normalización, a las cuales deban ajustarse el equipo, los materiales o la mano de obra, de no haberlas o ser inapropiadas se pueden especificar normas técnicas nacionales (...).

Uso de Marcas Comerciales

Las especificaciones técnicas deben basarse en características aplicables y/o requisitos de funcionamiento relevantes. Debe evitarse mencionar marcas comerciales, números de catálogos o clasificaciones similares. (...). (PABYOFBID, 2011, p. 14).

Precios

Respecto de los bienes se efectuarán con base en INCOTERMS CIP26 [transporte y seguro pagados hasta (lugar de destino convenido)] para todos los bienes independientemente del país de origen. En el caso de contratos de “suministros e instalación”, el oferente deberá cotizar adicionalmente por estos servicios. En el caso de los contratos de tipo llave en mano, el oferente debe cotizar el precio de la planta instalada *in situ*, incluidos todos los costos. En el caso de contratos de obras se les pedirá que coticen precios unitarios o precios globales para la ejecución de las obras, y dichos precios deben incluir todos los derechos, impuestos (...).

Ajustes de Precio

En los documentos de licitación se debe especificar que: (a) los precios de las ofertas deben ser fijos; o (b) los precios de las ofertas serán ajustables (aumento o disminución) en caso de ocurrir cambios en los principales componentes de los costos del contrato, tales como mano de obra, equipos, materiales y combustible. Para el reajuste se aplicará una fórmula. (...). (PABYOFBID, 2011, p. 14).

Transporte y Seguros

Los documentos de licitación deben permitir que los proveedores y contratistas contraten el transporte y los seguros con cualquier fuente elegible. En los documentos de licitación se deben especificar los tipos y condiciones del seguro que haya de proveer el oferente. (...)

Disposiciones Monetarias

Los documentos de licitación deben especificar la moneda o monedas en que los oferentes deban expresar sus precios, el procedimiento para la conversión a una sola moneda de los precios expresados en diferentes monedas para fines de comparación de las ofertas, y las monedas en las que haya de pagarse el precio del contrato. (...). (PABYOFBID, 2011, p. 16).

Condiciones y Métodos de Pago

Las condiciones de pago deben guardar conformidad con las prácticas comerciales internacionales que sean aplicables a los bienes y obras específicos. (a) En los contratos para el suministro de bienes se debe estipular el pago total a la entrega, salvo que comprendan la instalación y puesta en marcha, en cuyo caso se podrá hacer una parte del pago después de que el proveedor haya cumplido con todas sus obligaciones contractuales. (b) En los contratos de obras se deben estipular, en los casos en que proceda, anticipos para movilización, equipos y materiales del contratista y pagos parciales de acuerdo con el avance de las obras. (PABYOFBID, 2011, p. 17).

Ofertas Alternativas

En los documentos de licitación se debe indicar claramente si los oferentes pueden presentar ofertas alternativas, cómo deben ser presentadas, cómo deben ofrecerse los precios y las bases sobre las cuales las ofertas alternativas serán evaluadas.

Condiciones Contractuales

Los contratos deben establecer las condiciones generales y especiales, como el alcance de las obras por ejecutar o de los bienes por suministrar, los derechos y obligaciones del Prestatario y del proveedor o contratista, etc. (...).

Garantía de Cumplimiento

En los documentos de licitación de obras debe exigirse garantía por una cantidad suficiente para proteger al Prestatario en caso de incumplimiento del contrato por el contratista. Esta garantía debe constituirse en la forma y el monto adecuados según lo especifiquen los documentos de licitación. Una parte de esta garantía debe permanecer vigente por un período suficientemente largo después de la fecha de terminación de las obras. En los contratos de suministro de bienes, la necesidad de constituir una garantía de cumplimiento dependerá de las condiciones del mercado y de la práctica comercial con respecto a la clase específica de bienes de que se trate, (...). (PABYOFBID, 2011, p. 18).

Al respecto el texto sobre la garantía de fiel cumplimiento que consta en el Contrato de Préstamo BID No. 2653/OC-EC- Agosto 2015 PROGRAMA DE REFORMA INSTITUCIONAL DE LA GESTIÓN PÚBLICA, suscrito por el Ecuador para la Adquisición de Bienes y Servicios Conexos, es el siguiente:

44. 1 Dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de la notificación de adjudicación de parte del Comprador, el Oferente seleccionado

deberá presentar la Garantía de Cumplimiento del Contrato, de conformidad con las CGC, utilizando para dicho propósito el formulario de Garantía de Cumplimiento de Contrato incluido en la Sección IX, Formularios del Contrato u otro formulario aceptable para el Comprador.

44.2 Si el Oferente seleccionado no cumple con la presentación de la Garantía de Cumplimiento mencionada anteriormente o no firma el Contrato, esto constituirá bases suficientes para anular la adjudicación del contrato y hacer efectiva la Garantía de Mantenimiento de la Oferta o ejecutar la Declaración de Mantenimiento de la Oferta. En tal caso, el Comprador podrá adjudicar el Contrato al Oferente calificado para ejecutar el Contrato satisfactoriamente cuya oferta sea evaluada como la siguiente más baja y se ajuste sustancialmente a los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación y que el Comprador determine que está calificado para ejecutar el Contrato satisfactoriamente. (Ministerio del Trabajo, 2015, p. 27).

Cláusulas sobre Liquidación por Daños y Perjuicios y Bonificaciones

En los contratos se deben incluir disposiciones para la liquidación de daños y perjuicios o provisiones similares, por los montos adecuados cuando las demoras en la entrega de los bienes o en la terminación de las obras, o el funcionamiento indebido de los bienes u obras redunden en mayores costos, en pérdidas de ingresos o en pérdidas de otros beneficios para el Prestatario. También pueden establecer el pago de primas por entrega anticipada (...).

Fuerza Mayor

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

Leyes Aplicables y Solución de Controversias

En las condiciones del contrato deben incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para la solución de controversias. El arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias. Por lo tanto, se recomienda a los Prestatarios que estipulen esta modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras (...). (PABYOFBID, 2011, p. 19).

Apertura y Evaluación de las Ofertas y Adjudicación del Contrato

Plazo para la Preparación de las Ofertas

En general, para las licitaciones internacionales dicho plazo no debe ser inferior a seis semanas a partir de la fecha del llamado a licitación o, si fuere posterior, de la fecha en que estén disponibles los documentos de licitación. Cuando se trate de obras civiles de gran envergadura o de elementos de equipo complejo, el plazo normalmente no debe ser menor de doce semanas. Se debe permitir a los oferentes enviar ofertas por correo o entregarlas por mano o por medios electrónicos, siempre y cuando el Banco esté de acuerdo con la eficacia del sistema, incluyendo, *inter alia*, que el sistema es seguro, mantiene la confidencialidad y la autenticidad de las ofertas entregadas. En el llamado a licitación se debe especificar la fecha y hora límites y el lugar para la entrega de las ofertas (...).

Procedimientos para la Apertura de las Ofertas

El Prestatario debe abrir todas las ofertas a la hora estipulada y en el lugar especificado. Las ofertas deben abrirse en un acto público. Se debe permitir la presencia de los oferentes o de sus representantes (en persona o por medios electrónicos cuando se utilice licitación por medios electrónicos). Al momento de abrir cada oferta, se deben leer en voz alta y deben publicarse por medios electrónicos cuando se haya utilizado una licitación de este tipo y registrar en un acta, el nombre del oferente y el

precio total de cada oferta y de cualesquiera ofertas alternativas, si se las hubiese solicitado o se hubiese permitido presentarlas. Copia del acta debe enviarse prontamente al Banco y a todos los participantes (...). (PABYOFBID, 2011, p. 20).

Aclaración o Modificación de las Ofertas

El Prestatario debe pedir a los oferentes las aclaraciones necesarias para evaluar sus ofertas, pero no debe pedir ni permitir que modifiquen su contenido sustancial ni sus precios después de la apertura de las ofertas. Tanto las solicitudes de aclaración como las respuestas de los oferentes deben hacerse por escrito, ya sea en papel o por medio de un sistema electrónico con el que el Banco esté de acuerdo (...).

Confidencialidad

Después de la apertura pública de las ofertas, no debe darse a conocer a los oferentes ni a personas que no estén oficialmente involucradas en este proceso, información alguna acerca del análisis, aclaración y evaluación de las ofertas ni sobre las recomendaciones relativas a la adjudicación, hasta cuando se haya publicado la adjudicación del contrato. (PABYOFBID, 2011, p. 20).

Análisis de las Ofertas

El Prestatario debe determinar si las ofertas: (a) cumplen con los requisitos exigidos; (b) están debidamente firmadas; (c) están acompañadas de las garantías o de las declaratorias exigidas firmadas; (d) cumplen sustancialmente los requisitos especificados en los documentos de licitación; y (e) están, en general, en orden (...). (PABYOFBID, 2011, p. 21).

Evaluación y Comparación de Ofertas

La evaluación de las ofertas tiene por objeto determinar el costo de cada una de ellas para el Prestatario de manera que permita compararlas sobre

la base del costo evaluado de cada una, es decir, sobre la base del precio cotizado utilizando el término de INCOTERMS especificado en los documentos de licitación. La oferta que resulte con el costo evaluado más bajo, sin que sea necesariamente aquella cuyo precio cotizado sea el más bajo, debe ser seleccionada para la adjudicación. En el caso de bienes y equipos, los factores que se pueden tomar en cuenta comprenden, entre otros, el calendario de pagos, el plazo de entrega, los costos de operación, la eficiencia y compatibilidad del equipo, la disponibilidad de servicio y repuestos, la capacitación necesaria, la seguridad contra accidentes y los beneficios ambientales. En contratos de construcción de obras o de llave en mano los contratistas son responsables por el pago de todos los derechos, impuestos y otros gravámenes, y los oferentes deben tomar en cuenta estos factores al preparar sus ofertas. El Prestatario debe preparar un informe detallado sobre la evaluación y comparación de las ofertas en el cual explique las razones específicas en que se basa la recomendación para la adjudicación del contrato.

Preferencia Doméstica

Podrá darse un margen de preferencia en la evaluación de las ofertas a los bienes fabricados en el país del Prestatario cuando se comparen las ofertas de tales bienes con las de bienes fabricados en el extranjero. Cuando se permita aplicar un margen de preferencia a los bienes de fabricación nacional, en la evaluación y comparación de las ofertas deben seguirse los métodos y etapas especificados

Prórroga de la Validez de las Ofertas

La prórroga de la validez de la oferta, cuando se justifique debido a circunstancias excepcionales, se debe solicitar por escrito a todos los oferentes, antes de la fecha de vencimiento de las mismas. La prórroga debe ser por el período mínimo que se requiera para finalizar la evaluación, obtener las aprobaciones necesarias y adjudicar el contrato.

Cuando se solicite una prórroga de la validez de las ofertas, no se puede solicitar o permitir a los oferentes modificar el precio (básico) cotizado ni otras condiciones de sus ofertas. (PABYOFBID, 2011, p. 22).

Poscalificación de los Oferente

El Prestatario debe determinar si el oferente cuya oferta ha sido considerada como la evaluada más baja cuenta con la capacidad para haber presentado la oferta. Los criterios que se han de aplicar deben especificarse en los documentos de licitación, y si el oferente no reúne las condiciones necesarias su oferta debe ser rechazada.

Adjudicación del Contrato

El Prestatario debe adjudicar el contrato, dentro del período de validez de las ofertas, al oferente que reúna los requisitos apropiados en cuanto a capacidad y recursos y cuya oferta: (i) responda sustancialmente a los requisitos exigidos en los documentos de licitación y (ii) represente el costo más bajo evaluado.

Publicación de la Adjudicación

Dentro del plazo de dos semanas de recibir la “no objeción” del Banco a la recomendación de adjudicación del contrato, el Prestatario debe publicar en los sitios de Internet del *UNDB online* y del Banco los resultados que identifiquen la oferta.

Rechazo de Todas las Ofertas

El rechazo de todas las ofertas se justifica cuando no haya competencia efectiva, o cuando las ofertas no respondan sustancialmente a lo solicitado, o los precios de las ofertas sean sustancialmente más elevados que los presupuestos disponibles. Con la autorización previa del Banco, los Prestatarios pueden rechazar todas las ofertas (...). (PABYOFBID, 2011, p. 23).

4.3 PRÓRROGAS DE TIEMPO

Se establecerán las prórrogas de tiempo conforme la naturaleza de cada contrato y se realizará previo el consentimiento de las partes, el mecanismo para solicitarlo será como se estipule en el contrato correspondiente y de manera escrita. Se recomendará su notificación al organismo de control pertinente.

4.4 SANCIONES

Una vez analizada la normativa de aplicación local así como la normativa y convenios internacionales, cuando se determinare que existe incumplimiento por parte del contratista y que por su naturaleza sea causal de sanciones se establecerán las siguientes acciones:

- Suspender los desembolsos generados en la ejecución del contrato en cualquier etapa en que se encuentre de forma inmediata.
- Notificar la terminación del contrato y ejecutar las garantías entregadas.
- Notificar a los organismos de control a nivel nacional, los incumplimientos presentados y solicitar se lo incluya en la base de datos como contratista incumplido.
- Notificar a la Organización Mundial del Comercio como organismo internacional a cargo de tratar de resolver los problemas comerciales de los países miembros el incumplimiento presentado, y solicitar se ponga en conocimiento a nivel internacional en inconveniente y la información del contratista por un determinado tiempo a fin de garantizar que las futuras contrataciones que realicen sean con contratistas que cumplan los términos establecidos.

- Realizar una carta con la queja formal informando lo suscitado a la embajada del país de origen del contratista a fin de que se ponga en conocimiento de las autoridades de su país los perjuicios provocados por el incumplimiento presentado.
- Adicionalmente se aplicarán las sanciones previstas en el documento de Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo cuando los fondos sean financiados por el mencionado organismo.

4.5 GARANTÍAS

A fin de resguardar los recursos públicos y considerando la normativa internacional y los diversos mecanismos existentes en el ámbito financiero se recomienda solicitar como garantía en las contrataciones de carácter extraterritorial, el 25% del monto establecido en el contrato, para lo cual se podrá optar por las siguientes alternativas:

Adaptación de Convenios de pagos y créditos recíprocos para garantías.- En este mecanismo se lo aplicará cuando la transacción se realice con alguno de los países que forman parte de la Asociación Latinoamericana de Integración es decir Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y República Dominicana, los bancos centrales de cada país realizarán la apertura de una cuenta a favor del otro en la cual se consignará el monto de la garantía. En el caso de que se debiera ejecutar dicha garantía el banco central del país de origen del contratista será el aval para que el monto que ha sido consignado sea pagado al Ecuador como entidad contratante. En el caso de que no se tuvieran que ejecutar las garantías se procederá al cierre de la cuenta por parte del banco y se devolverá el monto consignado.

Adaptación de Cartas de crédito Standby para garantías.- Este mecanismo funcionará cuando se realicen contrataciones extraterritoriales inclusive si no

son miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, el contratista consignará el monto de la garantía conforme lo establezca el contrato en un banco del país de origen del contratista, el cual emitirá la carta de crédito y a través de cualquier institución bancaria del Ecuador quien actuará como banco notificador o corresponsal se podrá ejecutar o no dicha garantía. En el caso de que se no se presentara ningún inconveniente en la ejecución del contrato se presentará como parte de la documentación el acta entrega recepción definitiva y de más documentos para la liquidación al banco notificador a fin de que se proceda con la liberación de los fondos consignados en el banco emisor. En el caso de que se debiera ejecutar la garantía previa entrega de la documentación pertinente el banco notificador en el Ecuador pagará a la contratista el monto consignado por el banco emisor.

4.6 ANTICIPO

Se establecerán los anticipos conforme la naturaleza de cada contrato sin que el porcentaje del mismo supere el 70% del total del monto de la contratación, esto quedará determinado en el contrato suscrito por las partes y se entregará la garantía por el 100% del monto.

4.7 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En las condiciones del contrato deben incluirse estipulaciones acerca de las leyes aplicables y del foro para la solución de controversias. El arbitraje comercial internacional puede tener ventajas prácticas respecto a otros métodos para el arreglo de diferencias. Por lo tanto, se recomienda a los (...) que estipulen esta modalidad de arbitraje en los contratos para la adquisición de bienes y construcción de obras (...). (PABYOFBID, 2011, p. 19).

Como se ha tratado en el capítulo I se exponen los diversos mecanismos para la resolución de conflictos sin embargo se recomienda optar por el arbitraje o mediación conforme lo establecido en la normativa ecuatoriana.

5. CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

Una vez analizada la normativa ecuatoriana en lo que respecta a la contratación pública así como normativa y demás acuerdos a nivel internacional se han obtenido las siguientes conclusiones:

- La contratación pública juega un papel fundamental como parte del comercio internacional, específicamente por las repercusiones que generan las políticas adoptadas dentro de la economía de cada país. Es por esta razón que varios organismos internacionales han expedido acuerdos y documentos que contienen políticas para adquisiciones a nivel internacional como es el caso de la Organización Mundial del Comercio, con el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública, Las Naciones Unidas con su Ley Modelo de la Contratación Pública, el Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, Organizaciones como MERCOSUR, UNASUR etc. las cuales fundamentalmente buscan propiciar mecanismos que fomenten el uso eficiente de los recursos, la optimización de los procedimientos y la transparencia y no discriminación en la participación de los oferentes.
- En el Ecuador el proceso de contratación pública en su normativa presenta un vacío legal ya que no se encuentra normado el procedimiento en casos de contrataciones internacionales, lo cual dificulta la resolución de conflictos con la aplicación de la ley. El artículo tres del RGLOSNCPP menciona la aplicación territorial, es decir se aplicará solo dentro del territorio nacional, mas no en contrataciones de bienes y servicios adquiridos y ejecutados en el extranjero. Así mismo las contrataciones que sean financiados con préstamos y cooperación internacional no se someterán a la normativa ecuatoriana si no a lo establecido dentro del mencionado convenio.

- En cuanto a la resolución de conflictos, dentro de la normativa ecuatoriana se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos como mecanismos para la solución de conflictos como lo establece el art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador. Específicamente en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece que al surgir diferencias se empleará los mecanismos previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción en su art. 160 para la resolución de las controversias presentadas. En el caso de que no se alcancen acuerdos mediante estos mecanismos se deberá llevar a cabo un proceso vía judicial sin embargo toda la normativa existente es de aplicación local.
- Dentro del derecho comparado se ha analizado la normativa que rige a Chile, Colombia y Argentina en materia de Contratación Pública referidas a la contratación internacional y al principio de extraterritorialidad se han determinado importantes semejanzas y diferencias entre ellas la más relevante es que en los contratos públicos financiados con préstamos provenientes de la cooperación internacional y organismos multilaterales de crédito la normativa a aplicarse es la estipulada en el convenio especial que las partes lo suscriban y no la normativa pública interna de cada estado.
- Los convenios forman parte del derecho internacional sin embargo, en el Ecuador en el caso de que las adquisiciones que realicen en el extranjero no sean financiadas mediante estos organismos de crédito no se contempla la normativa específica para su aplicación, control y resolución de conflictos por lo que queda a discreción de cada entidad contratante la ejecución de estos procedimientos.

5.2 RECOMENDACIONES

- Con el objetivo de precautelar los recursos económicos del Estado ecuatoriano en vista de que se ha determinado la ausencia de normativa en ciertos aspectos de la aplicación de la contratación pública en el ámbito internacional, se recomienda la adaptación del documento de "Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo" expedido en el 2011 al cual el Ecuador y demás países miembros de la organización se han sometido el mismo que recoge los aspectos fundamentales en cuanto al procedimiento de aplicación para este tipo de adquisiciones. Sin embargo se han planteado ciertas mejoras al procedimiento las cuales contribuirán a que las contrataciones de servicios también se encuentren supeditadas a esta adaptación de las políticas.
- Adicionalmente se plantea que las prórrogas de tiempo se establecerán conforme la naturaleza de cada contrato y se realizará previo el consentimiento de las partes, el mecanismo para solicitarlo será como se estipule en el contrato correspondiente y de manera escrita y se notificará al organismo de control pertinente.
- En cuanto a las sanciones a más de las que se tuvieren que realizar por ley conforme lo establecido en el contrato se estipula la notificación a la Organización Mundial del Comercio como organismo internacional a cargo de tratar de resolver los problemas comerciales de los países miembros el incumplimiento presentado, y solicitar se ponga en conocimiento a nivel internacional en inconveniente y la información del contratista por un determinado tiempo a fin de garantizar que las futuras contrataciones que realicen sean con contratistas que cumplan los términos establecidos y realizar una carta con la queja formal informando lo suscitado a la embajada del país de origen del contratista a fin de que se ponga en conocimiento de las autoridades de su país los perjuicios provocados.

- En lo concerniente a las garantías se plantea que en las contrataciones de carácter extraterritorial se realicen a través de dos alternativas, la primera una adaptación de los convenios de pagos y créditos recíprocos para garantías los cuales podrán ser suscritos por los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, en la cual intervendrán los bancos centrales de cada país realizando la apertura de una cuenta a favor del otro en la cual se consignará el monto de la garantía esto con la finalidad de que en el caso de que se ejecutará dicha garantía la misma sea de fácil recuperación. Se contempla como segunda alternativa la adaptación de cartas de crédito Standby para garantías en el cual el contratista consignará el monto de la garantía conforme lo establezca el contrato en un banco del país de origen del contratista, el cual emitirá la carta de crédito y a través de cualquier institución bancaria del Ecuador quien actuará como banco notificador o corresponsal y previa la presentación de la documentación que se estipule en el contrato se determinará si procede o no la ejecución de la garantía prevista.
- En cuanto a los anticipos se contempla que el mismo se establezca conforme la naturaleza de cada contrato sin que el porcentaje del mismo supere el 70% del total del monto de la contratación y se entregará la garantía por el 100% del monto determinado como anticipo.
- Finalmente establecer que el mecanismo para la resolución de conflictos que se presenten en las contrataciones de carácter extraterritorial sea el arbitraje o mediación conforme la normativa ecuatoriana, esto deberá ser estipulado al momento de la suscripción del contrato.

REFERENCIAS

- Armendáriz, P. (2003). *Los Procedimientos de Mediación y Arbitraje como Alternativas de Solución de Conflictos*. Quito, Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (s.f.). *Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo*. Recuperado el 15 de junio de 2015 de: www.iadb.org/document.cfm?id=774396
- Bielsa, R. (1966). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- Bielsa, R. (1994). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Espasa.
- Bonet, A. (2012). *Nuevas Oportunidades en la Contratación Pública Internacional*. Recuperado el 12 de mayo de 2015 de: http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3025_21-26__989AAACAC9B9394837C1EA6BA4FA706C.pdf
- Caiviano, R. (1998). *Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos, Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Drago.
- Celleri, O. (2005). *La Contratación Pública en el Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Lexus.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). *Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005*. Corte Constitucional del Ecuador.
- Código Orgánico General por Procesos. (2015). *Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015*. Asamblea Nacional.
- Collins, R. (1975) y Dahrendorf, R. (1962). *Contratación Internacional*. Citado por Giner, S., Espinosa, E. y Torres, C. (2006). *Diccionario de Sociología*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York*. Firmada el 17 de diciembre de 1958 y ratificada por Congreso Nacional mediante Resolución Legislativa 000 publicada en el R.O. 293 de 19 de Agosto de 1961. Recuperado el 10 de marzo de 2016 de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (s.f.). *Reunión Regional sobre Sistemas de Compras Públicas en América Latina y el Caribe*. Recuperado el 5 de febrero de 2016 de: <http://www.cepal.org/es/eventos/reunion-regional-sobre-sistemas-de-compras-publicas-en-america-latina-y-el-caribe>
- Constitución de la República del Ecuador. (s.f.). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial- Suplemento de 13 de julio de 2011. Tribunal Constitucional.
- Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales. (s.f.). *Contratación Pública*. Recuperado el 11 de mayo de 2015 de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UZSRho_8VVoJ:www.chilecompra.cl/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D1499:tratado-de-libre-comercio-tlc-entre-chile-y-corea%26id%3D50:tratados-de-libre-comercio-suscritos-por-chile%26Itemid%3D389+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia No. T-1157. Registro Oficial S/N, Expediente T-317722*. Sala Primera de Revisión, 29 de febrero de 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia No. C-395. Registro Oficial S/N, Expediente D-3805*. Sala Plena, 22 de mayo de 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia No. C-249. Registro Oficial S/N, Expediente D-4869*. Sala Plena, 16 de marzo de 2004.
- Cueto, L. (2011). *Negociaciones y Mediación*. California, EE.UU.: Windmills International Editions Inc.
- Dávila, P. (2015). *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.
- Definición de. (s.f.). *Sector Público*. Recuperado el 15 de mayo de 2015 de: definicion.de/sector-publico/
- Diario Oficial de la Unión Europea. (2014). Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre contratación pública.
- Diez, M. (1967). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Omeba.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. (9na. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Fareso.
- Duque, R. (2012). *La Contratación Pública en la Historia Jurídica*. Recuperado el 26 de abril de 2015 de: <http://abg-robotolex.blogspot.com/>
- Espinosa, L. y Valenzuela M., (2014). *Sistematización interna de los procedimientos de contratación pública para el gobierno autónomo*

descentralizado provincial de Imbabura. Ibarra, Universidad Técnica del Norte.

Fernández, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público, Administrativo Constitucional y Fiscal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Fuquen, M. (2003). *Los Conflictos y las Formas Alternativas de Solución*. Recuperado el 12 de septiembre de 2015 de: <http://www.revistatabularasa.org/numero-1/Mfuquen.pdf>

García, P. y Gross, R. (1990). *Enciclopedia metódica Larousse*. México D.F., México:

Govern de les Illes Balears. (s.f.). *Guía sobre Contratación Pública*. Recuperado el 29 de abril de 2015 de: <http://www.plataformadecontractacio.caib.es/docs/GuiaContratacion-es.pdf>

Granja, N. (2002). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Herrera, B. (2003). *Contratos Públicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

Jeze, G. (2007). *Servicios públicos y contratos administrativos*. México D.F., México: Editorial Jurídica Universitaria.

Laguado, R. (2004). *Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia*. Londres, Inglaterra: Law School University of Warwick United Kingdom.

Lagualpillo, H. (2012). *Antecedentes Históricos de la Contratación Pública*. Recuperado el 14 de julio de 2015 de: <http://hlagualpillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>

Ley de Arbitraje y Mediación. (1997). Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios Chile. (2003). Ley 19.886 adoptada el 30 de julio de 2003.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (1968). Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. (2011). Adoptada el 01 de julio de 2011.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. (2004). Registro Oficial 312 de 13 de abril del 2004.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Registro Oficial 395 de 4 de agosto del 2008.

- Lima, E. (2001). *Las obligaciones que nacen de los actos y contratos administrativos*. G. Eguiguren. (Comps). *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Llanos, O. (2015). *Empresa ecuatoriana iniciará obras de vía Santa Cruz-Warnes*. Recuperado el 5 de agosto de 2015 de <http://elmundo.com.bo/elmundo/noticias/empresa-ecuatoriana-iniciara-obras-de-via-santa-cruz-warnes>
- López, W. (2010). *Tratado de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Ed. Jurídica del Ecuador.
- Márquez, G. (2004). *Mediación y Administración de justicia, Hacia la consolidación de una justicia participativa*. México D.F., México: Universidad Autónoma de Aguas Calientes.
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. (s.f.). *El derecho comunitario*. Recuperado el 25 de agosto de 2015 de <http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/quees2/Paginas/El-Derecho-comunitario.aspx>
- Ministerio de Electricidad y Energía Renovable. (s.f.). *Coca Codo Sinclair*. Recuperado el 16 de septiembre de 2015 de: <http://www.energia.gob.ec/coca-codo-sinclair/>
- Ministerio del Trabajo. (s.f.). *Documentos de licitación pública nacional para la adquisición de bienes conexos*. Recuperado el 29 de septiembre de 2015 de: <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/08/pliegos-proceso-no.-rgp-148-lpn-b-9-MDT-07.pdf>
- Moreno, J. (2007). *La contratación pública en los países de la Comunidad Andina: Un estudio comparado con el derecho de la Unión Europea*. Lima, Perú: Bellido Ediciones E.I.R.L.
- Moreno, J. (2015). Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. *Revista Derecho y Sociedad*. (Edición No. 44), 57.
- Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. (s.f.). *Cláusulas de Trabajo en los Contratos Celebrados por las Autoridades Públicas. La dimensión social de la contratación pública*. (1ra. Ed.). Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.
- Omeba. (1960). *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica.
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *Acuerdo revisado sobre contratación pública. Adoptado el 30 de marzo de 2012*. Recuperado el 10 de marzo de 2016 de: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

- Organización Mundial del Comercio (OMC). (s.f.). *La OMC y la Contratación Pública*. Recuperado el 13 de julio de 2015 de: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (s.f.). *Órganos de la OMC que participan en el proceso de solución de diferencias*. Recuperado el 19 de octubre de 2015 de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c3s1p1_s.htm
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (s.f.). *Solución de Diferencias*. Recuperado el 28 de noviembre de 2015 de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/disput_s.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2011). *Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas en México*. Recuperado el 18 de mayo de 2015 de: http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (s.f.). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y Documentos Relacionados*. Recuperado el 18 de junio de 2015 de: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, E. (2013). *El nuevo arbitraje en Sudamérica, los contratos internacionales de construcción de obra pública y de servicios públicos en áreas estratégicas.*, Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Pro Córdoba. (s.f.). *Contratación Pública Internacional*. Recuperado el 13 de mayo de 2015 de: http://www.procordoba.org/images_db/noticias_archivos/224_Informe%20completo.pdf
- Real Academia de la Lengua Española. (2002). *Diccionario de la Real Academia*. Madrid, España.
- Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional Argentina. (2001). Decreto Delegado 1023/2001 adoptada el 13 de agosto de 2001. Reformas mediante decreto No. 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 26940.
- Reglamento a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios Chile. (2004). Decreto 250 adoptada el 24 de septiembre de 2004.
- Reglamento del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia. (2013). Decreto 1510 de 2013.

- Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional Argentina. (2012). Decreto Delegado 893/2012. Adoptada el 14 de junio de 2012.
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Registro Oficial 399 de 8 de agosto del 2008. Reformas en Registro Oficial 916, 20 de marzo del 2013.
- Ribadeneira, J. (2014). *Informe de Rendición de cuentas SERCOP*. Recuperado el 18 de marzo de 2016 de: <http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2015/02/INFORME-DE-RENDICION-DE-CUENTAS-SERCOP-2014.pdf>
- Riofrío, P. (2014). Valor Agregado Ecuatoriano, incentivo para el crecimiento de la empresa nacional. *Revista Ecuador Compra*. (Edición No. 7), 6.
- Rivas, M. (2004). *El Control de los contratos administrativos*. Quito, Ecuador: Edino.
- Rocco, H. (2001). *Derecho Procesal Civil*. México D.F., México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Rodas, X. (2010). *Alternativas para solucionar eficazmente controversias relacionadas con la ejecución de los contratos tramitados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Rodríguez, J.; Muñoz, A. y García, M. (s.f.). La Reforma de las Administraciones Públicas. J. Moreno. (Comps). *La Importante Evolución hacia un Derecho Global de la Contratación Pública*. Madrid, España: Bubok Publishing S.L.
- Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (s.f.). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública Colombia*. Adoptada el 28 de octubre de 1993. Modificada por la Ley 1150 de 2007, Reglamentada parcialmente por los Decretos Nacionales 679 de 1994, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008 y 2473 de 2010.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. (s.f.). *Procedimientos Administrativos y Solución de Controversias*. Recuperado el 18 de noviembre de 2015 de <http://www.comunidadandina.org/SolControversias.aspx?fr=99>
- Secretariado del TLCAN. (1994). *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Adoptado el 1 de enero de 1994.
- Sistema de Información sobre Comercio Exterior. (2003). *Acuerdo de Integración Subregional Andino. (Acuerdo de Cartagena)*. Recuperado el

10 de marzo de 2015 de:
<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec563s.asp>

Suárez, G. y Laguado, R. (2007). *Manual de contratación pública electrónica para América Latina*. Recuperado el 16 de marzo de 2016 de <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/S2007302.pdf?sequence=1>

Vaca, C. (2015). *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vidal, J. (1994). *Derecho Administrativo General*. (10ma. Ed.). Bogotá, Colombia: Tcmis.

ANEXOS

ANEXO 1. LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CHILE Y REGLAMENTO GENERAL

Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile

Artículo 1º.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley. (..)

Artículo 3º.- Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: (...)

c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que éste otorgue; (...).

No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria (...).

Reglamento a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile

Artículo 4º.- Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los

demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común.
(...). (LBCASYPS, 2003, art. 3 y art. 4). (El énfasis no es del texto)

Artículo 1.- Regulación aplicable: Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a la Ley de Compras, sus principios y al presente Reglamento.

Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de ellas, las normas de Derecho Privado.

En lo que sea pertinente, se aplicarán a los contratos señalados anteriormente las normas establecidas en los Tratados Internacionales sobre la materia, ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes.
(RLBCASYPS, 2004, art. 1). (El énfasis no es del texto)

ANEXO 2. RÉGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ARGENTINA Y SU REGLAMENTO

Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina

Artículo 2°.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones. (...).

Artículo 4°.- CONTRATOS COMPRENDIDOS. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos:

- a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.
- b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias. (...).

Art. 5°. CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedarán excluidos los siguientes contratos: (...)

- c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control.
- d) Los comprendidos en operaciones de crédito público. (...).

Artículo 7°.- NORMATIVA APLICABLE. Las contrataciones se regirán por las disposiciones de este régimen, por su reglamentación, por las normas que se dicten en su consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones y por el contrato o la orden de compra según corresponda.

Artículo 26.- CLASES DE LICITACIONES Y CONCURSOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. Podrán efectuarse licitaciones y concursos públicos y privados de las siguientes clases:

b) NACIONALES O INTERNACIONALES.

1. La licitación o el concurso serán nacionales cuando la convocatoria esté dirigida a interesados y oferentes cuyo domicilio o sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto.
2. La licitación o el concurso serán internacionales cuando, por las características del objeto o la complejidad de la prestación, la convocatoria se extienda a interesados y oferentes del exterior, revistiendo tal carácter aquellos cuya sede principal de sus negocios se encuentre en el extranjero, y no tengan sucursal debidamente registrada en el país. (RCAN, 2001, art. 2, art. 4, art. 5, art. 7, art. 26). (El énfasis no es del texto).

Reglamento del Régimen De Contrataciones de la Administración Nacional de Argentina.

Artículo 1°.- ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones del presente reglamento serán de aplicación obligatoria a todas las contrataciones llevadas a cabo por las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones, siempre que tengan por objeto el perfeccionamiento de los contratos comprendidos en el inciso a) del artículo 4° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones.

Artículo 2º.- CONTRATOS COMPRENDIDOS. Las disposiciones del presente reglamento serán de aplicación obligatoria a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 4º del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones.

Artículo 3º.- CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedan excluidos de la aplicación de las disposiciones de este reglamento los siguientes contratos: (...)

c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones y del presente reglamento cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control.

d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.

a) Los de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, enumerados en el artículo 4º inciso b) del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones.

Artículo 18.- CLASES DE LICITACIONES Y CONCURSOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. Las licitaciones públicas y privadas, así como los concursos públicos y privados podrán ser de etapa única o múltiple, según corresponda, por aplicación del apartado 1 y 2 del inciso a) del artículo 26 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, respectivamente. Por su parte las licitaciones públicas y privadas, así como los concursos públicos y privados podrán ser nacionales o internacionales, según corresponda, por

aplicación del apartado 1 y 2 del inciso b) del artículo 26 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, respectivamente.

En las licitaciones o concursos nacionales solo se podrán presentar como oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto.

En las licitaciones o concursos internacionales se podrán presentar como oferentes quienes tengan domicilio en el país o la sede principal de sus negocios se encuentre en el país, o tengan sucursal en el país, debidamente registrada en los organismos habilitados a tal efecto, así como quienes tengan la sede principal de sus negocios en el extranjero, y no tengan sucursal debidamente registrada en el país. (RRCAN, 2012, art. 1 - art. 3, art. 18). (El énfasis no es del texto).

ANEXO 3. ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE COLOMBIA Y SU REGLAMENTO

Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia

Artículo 1º.- Del objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales. (...).

Artículo 6º.- De la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más. (...)

Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-249 de 2004.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-249 de 2004, en el entendido de que tanto la celebración como la parte de la ejecución que se haga en Colombia se someten a la ley colombiana.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes. Inciso declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-249 de 2004, en el entendido de que la discrecionalidad allí prevista sólo puede ejercerse válidamente, en relación con los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, esto es, en relación con contratos de empréstito, donación, asistencia técnica o cooperación celebrados por las respectivas entidades estatales con entes u organismos internacionales.

Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

- 1º. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato (...).
- 2º. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de - suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. (El subrayado no es del texto). (EGCAP, 1993, art. 1, art. 6, art. 13, art. 14)

Reglamento del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia

CAPÍTULO VI

De los contratos o convenios con organismos internacionales y del régimen jurídico aplicable a los contratos cuya celebración y ejecución es en el exterior

Artículo 3.6.1. Régimen aplicable a los contratos o convenios de cooperación internacional. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a estas operaciones en los acuerdos celebrados, o sus reglamentos, según el caso. En caso contrario, los contratos o convenios que se celebren en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con recursos de origen nacional se someterán a los procedimientos establecidos en el Estatuto General de la Contratación Pública.

En el evento en que el monto del aporte de fuente nacional o internacional se modifique por las partes, o cuando la ejecución efectiva de los aportes no se realice en los términos inicialmente pactados, las entidades estatales

deberán modificar los contratos o convenios, de tal manera que se dé cumplimiento a lo establecido en el inciso anterior. Cuando las modificaciones en los aportes se generen como consecuencia de las fluctuaciones de la tasa de cambio de la moneda pactada en el Convenio o Contrato de cooperación internacional, el mismo seguirá sometido a las reglas establecidas en el momento de su suscripción.

Los recursos que se generen en desarrollo de los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales a los cuales hace referencia el inciso 1° del presente artículo no computarán para efectos de determinar los porcentajes allí dispuestos.

Los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito, entes gubernamentales extranjeros o personas extranjeras de derecho público, así como aquellos a los que se refiere el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, se ejecutarán de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales marco y complementarios, y en los convenios celebrados, o sus reglamentos, según sea el caso, incluidos los recursos de aporte de fuente nacional o sus equivalentes vinculados a tales operaciones en dichos documentos, sin que a ellos le sea aplicable el porcentaje señalado en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007. En los demás casos, los contratos o convenios en ejecución al momento de entrar en vigencia la Ley 1150 de 2007 continuarán rigiéndose por las normas vigentes al momento de su celebración hasta su liquidación, sin que sea posible adicionarlos ni prorrogarlos. Los contratos con personas extranjeras de derecho público se celebrarán y ejecutarán según se acuerde entre las partes.

Parágrafo. Los convenios a que hace referencia el presente artículo deberán tener relación directa con el objeto del organismo de cooperación, asistencia o ayuda internacional que se contemple en su reglamento o norma de creación.

Artículo 3.6.2. Régimen aplicable a los procesos de contratación que tienen lugar en el exterior. En virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los procesos de contratación adelantados por las representaciones de Colombia acreditadas en el exterior, podrán someterse a la ley extranjera cuando los contratos resultantes de los mismos tengan que ejecutarse en el exterior. (El subrayado no es del texto). (REGCAP, 2013, art. 3.6.1 - 3.6.2).

**ANEXO 4. Oficio CELEC-EP-TRA-1234-OFI ACTA DE RESPUESTAS Y
PREGUNTAS PROCESO RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN EXTRATERRITORIAL,
No. ES-TRANS-006-**

Oficio N° CELEC-EP-TRA-1234-OFI
Quito, 28 de mayo de 2014

Señorita
Jazmín Colina Calle
GERENTE
ANDINSA INTERNATIONAL CORP.

ASUNTO: RESPUESTAS A PREGUNTAS FORMULADAS POR LA INVITADA ANDINSA INTERNATIONAL CORP. , DENTRO DEL PROCESO RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN EXTRATERRITORIAL, No. ES-TRANS-006-2014

PREGUNTA No. 1:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

“(...) invita a ANDINSA INTERNACIONAL CORP. , que de manera obligatoria deberá estar registrado en el Registro Único de Proveedores -RUP-, legalmente capaz para contratar a que presente su oferta técnica y económica. (...)”

Por tratarse el presente proceso de un Régimen de Excepción Extraterritorial, esto es, que no se sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de la República del Ecuador, sino, a las normas legales del país en que se contraten, *¿Por qué se solicita de manera obligatoria que nuestra empresa esté registra en el Registro Único de Proveedores – RUP-?*

Para nuestra compañía no es posible cumplir con este requisito.

RESPUESTA No. 1:

Por tratarse el presente proceso de un Régimen de Excepción Extraterritorial, NO APLICA el sometimiento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento o disposiciones del SERCOP.

PREGUNTA No. 2:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

“(...) 8.- Adjunto a su oferta técnica, el invitado remitirá copia del documento en el que se demuestre que su representada es distribuidor autorizado para Latinoamérica de EQUIPOS MULTIPLEXORES. (...)”

El certificado de Distribuidor Autorizado para Latinoamérica solicitado por usted, consiste en una copia del documento. Esta copia requerida es simple, o debemos presentar copia legalizada u apostillada, toda vez que se trata de un documento emitido en el exterior.

RESPUESTA No. 2:

El Certificado de Distribuidor Autorizado para Latinoamérica se debe presentar en original o en copia simple. Únicamente de resultar Adjudicado en el presente proceso, el oferente presentará toda la documentación de su oferta, que haya sido emitida en el extranjero, en documentos apostillados o consularizados.

PREGUNTA No. 3:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

*“(...) **SECCIÓN II DISPOSICIONES ESPECÍFICAS (...) 2.2 Invitación directa al proveedor:** CELEC EP – TRANSELECTRIC invita al proveedor con el que va a realizar la contratación en el exterior y cuya importación se realizará a nombre de CELEC EP. El oferente seleccionado deberá cumplir con lo estipulado en el artículo 68 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (...)”*

Por tratarse el presente proceso de un Régimen de Excepción Extraterritorial, esto es, que no se sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de la República del Ecuador, sino, a las normas legales del país en que se contraten, *¿Por qué se establece que el oferente deberá cumplir con lo estipulado en el artículo 68 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, toda vez que éste artículo es aplicable a procesos de Régimen Especial, y no de Excepción?*

Para nuestra compañía no es posible cumplir con este requisito.

RESPUESTA No. 3:

FAVOR REMITIRSE A LA RESPUESTA DE LA PREGUNTA No. 1

PREGUNTA No. 4:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

*“(...) **2.2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS (...) OTROS (...)** Adicionalmente, durante el período de garantía se dispondrá de soporte técnico para cualquier consulta técnica que CELEC EP – TRANSELECTRIC requiera, el soporte de preferencia deberá ser local, y con excepciones se deberán escalar las consultas al exterior. (...)”*

Ecuador (Sucursales, Filiales, RUC), por favor aclarar.- *¿De qué forma deberíamos dar soporte de preferencia local?*

RESPUESTA No. 4:

El soporte local se refiere a que las diferentes consultas o soportes técnicos que sean requeridos por la Entidad Contratante, debe darse de manera inmediata mediante asistencias por correo electrónico o video conferencias, con la finalidad de absolver dichas consultas o resolver problemas de orden técnico cubiertos por la Garantía Técnica.

PREGUNTA No. 5:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

FORMULARIO No. 5 DETALLE DE EXPERIENCIA. Se requiere presentar este formulario.

Por favor, podrían establecer el alcance, monto, años mínimos, y número de experiencias requeridos.

RESPUESTA No. 5:

El oferente se servirá presentar al menos tres (3) certificados de experiencia en actividades similares a las del objeto de la presente contratación, cuyos montos sean iguales o superiores a las del presupuesto referencial señalado y de los últimos tres años.

PREGUNTA No. 6:

En el proceso contractual Régimen de Excepción Extraterritorial No. ES-TRANS-006-2014, en el contenido de su invitación consta:

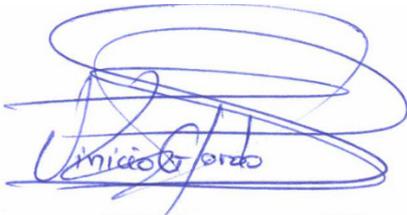
*“(...) 2.2. **ESPECIFICACIONES TÉCNICAS** (...) 2.11 **Especificaciones técnicas: Las especificaciones técnicas se encuentran en el Anexo 1.**”*

Por favor, podrían señalarnos en donde podemos encontrar el Anexo 1.

PREGUNTA No. 6:

Las Especificaciones Técnicas se encuentran en la invitación en el ítem 2.2 página 7. Sin embargo, nos permitimos adjuntar el documento solicitado.

Muy atentamente,



Ing. Geovanny Pardo Salazar
GERENTE UNIDAD DE NEGOCIO TRANSELECTRIC
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA
CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP

Resolución:

EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA
CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP

RESOLUCIÓN No. RE-CELEC EP-GUN-TRA-

APROBACIÓN DE PLIEGOS
RÉGIMEN ESPECIAL EXTRATERRITORIAL No. ES-TRANS-006-2014

ADQUISICIÓN DE EQUIPOS MULTIPLEXORES PARA BRINDAR LOS SERVICIOS DE
TELECOMUNICACIONES EN LOS CENTROS DE CONTROL DE CENACE Y CELEC EP-
TRANSELECTRIC (COT)

Ing. Geovanny Pardo Salazar

GERENTE CELEC EP-TRANSELECTRIC

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 288 establece que: “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”;

Que, mediante Resolución No. CELEC EP-GGE-0188-13 de 03 de julio de 2013 el Ing. Perico de lo Palotes, Gerente General de la Empresa Pública Estratégica CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP, me designó Gerente de la Unidad de Negocio TRANSELECTRIC y con Poder Especial otorgado el 3 de julio de 2013, ante el Dr. Pablo Vela Vallejo, Notario Décimo Octavo, Suplente, del Cantón Quito, me constituyó mandatario, para que a su nombre y representación, cumpla las funciones y atribuciones determinadas en el citado poder, en especial las establecidas en la Cláusula Tercera, numeral 6, inherentes a las contrataciones previstas en el Art. 34, numerales 2 y 8, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas;

Que, el Gerente General, Encargado, mediante Resolución No. CELEC EP-GG-2010-001 de 11 de febrero de 2010, en base de las atribuciones establecidas en el Art. 11, numeral 11, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, creó entre otras, la Unidad de Negocio TRANSELECTRIC;

Que, mediante Poder Especial, otorgado por el Ing. Perico de los Palotes, en su calidad de Gerente General de CELEC EP, el 3 de julio de 2013, ante el Notario Décimo Octavo, Suplente, del Cantón Quito, Dr. Pablo Vela Vallejo, me constituyó mandatario, para que a su nombre y representación, en mi calidad de Gerente de la Unidad de Negocio TRANSELECTRIC, cumpla las funciones y atribuciones determinadas en el citado poder, en especial las establecidas en la Cláusula Tercera, numeral 6, inherentes a las contrataciones previstas en el Art. 34, numerales 2 y 8, de la Ley Orgánica de Empresas Pública;

Que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP) publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008; el Reglamento General de aplicación a la Ley ibídem, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009; así como las Resoluciones emitidas por el Servicio de Contratación Pública (SERCOP), norman y regulan los procedimientos de contratación que realizan las entidades e instituciones del Estado;

Que, mediante Memorando No. CELEC 069, de 01 de abril de 2014, la Subgerencia de Servicios del S.N.I expone que los actuales equipos multiplexores están por cumplir su vida útil y señala que, para continuar manteniendo los niveles de calidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones del Sistema Nacional Interconectado es necesario renovar estos equipos multiplexores.

Que, el 24 de abril de 2014 se publicó a través del portal de CEAS la invitación a manifestación de interés para participar en el proceso para la ADQUISICIÓN DE EQUIPOS MULTIPLEXORES PARA BRINDAR LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LOS CENTROS DE CONTROL DE CENACE Y CELEC EP-TRANSELECTRIC (COT).

Que, el 09 de mayo de 2014, con Oficio CEAS No. 00025, CEAS informó que NO se ha identificado Producción Nacional Competitiva del bien EQUIPOS MULTIPLEXORES CON TECNOLOGÍA SDH de acuerdo a las características generales, técnicas y de calidad detalladas en el citado proceso.

Que, el 09 de mayo de 2014, se publicó en el portal de CEAS, la NO existencia de Producción Nacional de del bien EQUIPOS MULTIPLEXORES CON TECNOLOGÍA SDH; y, se informó a los potenciales oferentes, que se continuará con lo establecido según el cronograma publicado para el presente procedimiento de contratación en el Extranjero.

Que, el Art. 3 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que no se regirán 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; y que, para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). (El subrayado no es del texto)

Que, se cuenta con la certificación de disponibilidad presupuestaria y de fondos No. TR-2014-000066, de 20 de enero de 2014, emitida por la Jefe de Presupuesto de CELEC EP-TRANSELECTRIC, requerimiento identificado en el PAC en la categoría No. 84131.00.16 "Equipos multiplexores", cuyo presupuesto referencial, sin IVA, es de cien mil con 24/100 dólares de Estados Unidos de América (USD 100.000,00); y, el plazo de ejecución será de ciento veinte (120) días.

Que, el Art. 20 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el INCOP que sean aplicables. Los Pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

En uso de la atribución legal y reglamentaria,

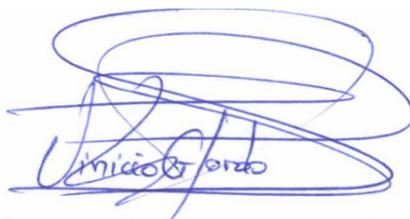
RESUELVE:

*Art. 1.- Autorizar el inicio del procedimiento bajo Régimen Especial No. ES-TRANS-006-2014, ADQUISICIÓN DE EQUIPOS MULTIPLEXORES PARA BRINDAR LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LOS CENTROS DE CONTROL DE CENACE Y CELEC EP-TRANSELECTRIC (COT), **mediante la modalidad de Régimen Especial Extraterritorial;** y, aprobar los pliegos y el cronograma del proceso, que contienen los requerimientos de orden legal, técnico y económico, cuyo presupuesto referencial, sin IVA, es de cien mil con 00/100 dólares de Estados Unidos de América (USD 100.000,00); y, el plazo de ejecución será de ciento veinte (120) días, contado a partir de la fecha de suscripción del contrato. (El énfasis no es del texto)*

Art. 2. Invitar a la Empresa ANDINSA INTERNATIONAL CORP, a fin de que presente su oferta técnico-económica, conforme a los términos y requerimientos establecidos en los respectivos pliegos y de conformidad con el calendario del procedimiento.

Art. 3.- Publicar la presente resolución, en el Portal Institucional del CEAS, conforme establece el Art. 17 del Reglamento General de la citada Ley, en concordancia con lo establecido en la resolución INCOP 027-009 de 16 de junio de 2009, sin perjuicio de la invitación directa al citado proveedor.

Quito, 19 de mayo de 2014



Ing. Geovanny Pardo Salazar
GERENTE UNIDAD DE NEGOCIO TRANSELECTRIC
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA
CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP