

**UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS**



**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLÍTICAS**

**TEMA:**“ACUERDOS DESLEALES Y PRÁCTICA RESTRICTIVA QUE AFECTA LA COMPETENCIA ENTRE LOS PROVEEDORES DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

**TRABAJO DE TITULACIÓN ESPECIAL PREVIO AL TITULO DE: ABOGADA**

**AUTORA: JENNY PATRICIA SANGOQUIZA MOROCHO**

**TUTORA: MDA: ESTEFANIA GRANDA GRANDA....**

**QUITO-2017**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo me gustaría agradecerle a Dios por bendecirme para llegar a cumplir este sueño anhelado.

A mi padre Gonzalo, que con su ejemplo sentó en mí las bases de responsabilidad y deseos de superación, en él tengo el espejo en cual me quiero reflejar, pues sus virtudes me han llevado a admirarlo cada día.

A mi madre Betsabé que supo guiarme por el buen camino, dándome fuerzas para no desmayar enfrentando adversidades y su perseverancia para ayudarme a conseguir mis objetivos.

A mis hijos Andrés y Camila que han sido mi fuente de superación y motivación.  
A mi esposo Edison por ser parte de este proyecto.

A mis maravillosos hermanos y sobrinas,  
quienes reflejan mi familia unida.

Gracias por el apoyo que me brindaron en el transcurso de mi carrera universitaria.

**Jenny Patricia Sangoquiza Morocho**

## **AGRADECIMIENTO**

Un agradecimiento especial a todos los Señores Docentes de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad de los Hemisferios.

Mi eterna gratitud a la MDA.**ESTEFANIA GRANDA** distinguida Maestra, Directora de este trabajo investigativo, quien compartió conmigo, a raudales, sus vastos conocimientos jurídicos, guiándome con su sabiduría en la ardua tarea investigativa.

**Jenny Patricia Sangoquiza Morocho**

## **CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD**

Quito, marzo de 2017

Yo, **Jenny Patricia Sangoquiza Morocho**, portadora de la cédula de ciudadanía No. **1713619383** egresada de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de los Hemisferios, declaro que las ideas, procedimiento investigativo, conclusiones y recomendaciones y propuesta presentadas en el presente Proyecto de Ensayo, son de mi absoluta autoría y responsabilidad.

Los derechos que como autora me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8, 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

**Jenny Patricia Sangoquiza Morocho**  
**C.C 171361938-3**

## ÍNDICE GENERAL

• Portada	<b>i</b>
• Dedicatoria	<b>ii</b>
• Agradecimiento	<b>iii</b>
• Certificación de autoría y originalidad	<b>iv</b>
• Índice general	<b>v</b>
• Resumen	<b>vii</b>
• Abstract	<b>Viii</b>
• Introducción	<b>1</b>

<b>CAPÍTULO I</b>	<b>3</b>
<b>COMPETENCIA</b>	<b>3</b>

1.1. Fundamentación teórica	<b>3</b>
1.1.1. Concepto	<b>3</b>
1.1.2. Operadores Económicos	<b>6</b>
1.1.3. Mercado Relevante	<b>7</b>
1.1.4. Poder de Mercado	<b>7</b>
1.1.5. Primacía de la Realidad en la Competencia	<b>9</b>
1.2. Lineamientos para la Regulación y Principios para la Aplicación de la Competencia	<b>10</b>
1.2.1. Principio de No Discriminación	<b>10</b>
1.2.2. Principio de Transparencia	<b>12</b>
1.2.3. Principio de Proporcionalidad	<b>13</b>
1.2.4. Principio del Debido Proceso	<b>15</b>
1.2.5. Principio de Concurrencia	<b>17</b>

<b>CAPÍTULO II</b>	<b>19</b>
<b>LA COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	<b>19</b>

2.1. Introducción a la Competencia en los Procedimientos de Contratación Pública	19
2.2. Principios de la Contratación Pública	20
2.3. Régimen de Regulación y Control	23
2.4. Abuso del Poder del Mercado	26
2.5. Acuerdos y Prácticas Restrictivas	27
2.6. Características que aumentan la probabilidad de acuerdos desleales	28
2.7. Medidas de prevención que pueden tomar las entidades contratantes	29
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>30</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>31</b>

## RESUMEN

En la presente investigación titulada: **“ACUERDOS DESLEALES Y PRÁCTICA RESTRICTIVA QUE AFECTA LA COMPETENCIA ENTRE LOS PROVEEDORES DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”**, se realizó una amplia revisión bibliográfica, hemerográfica y linkográfica, con la finalidad de establecer los parámetros constitucionales y legales que se deben acatar de manera irrestricta para acceder, como proveedor, a la contratación pública de algún bien o servicio, teniendo como punto de partida la necesidad de favorecer al conglomerado social, con una postura que beneficie a ambas partes contratantes, para ello, se hizo uso de las técnicas de la investigación científica, especialmente de la técnica de gabinete implementada a través del fichaje; cabe recalcar que si implementaron varios métodos, pero sobre todo el método exegético, que permitió entender la universalidad de las normas constitucionales y legales que hacen referencia a la competencia leal en la contratación pública. Con el objetivo de remarcar la necesidad de dejar atrás la práctica desleal en la contratación pública se revisaron importantes principios constitucionales y legales afín de subrayar la necesidad de transparentar los procesos de adquisición pública de bienes y servicios, dentro del vigente Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, donde el ser humano y la sociedad en su conjunto se colocan en el centro del interés de la Administración Pública.

**Palabras claves:** acuerdos desleales, práctica restrictiva, competencia, proveedores, contratación pública.

## ABSTRACT

In the present research entitled: "agreements unfair and practice restrictive that affects it competition between them suppliers of the State in it recruitment public", is made a wide review bibliographic, hemerographic and linkografica, with the purpose of establish them parameters constitutional and legal that is must abide by of way unrestricted for access, as supplier, to it recruitment public of some well or service , taking as point of split it need of favor to the conglomerate social, with a posture that benefit to both parties contracting, for this, is made use of them technical of the research scientific, especially of the technical of Cabinet implemented through the signing; It should be emphasized that if they implemented several methods, but about all the Exegetical method, allowing to understand the universality of constitutional and legal norms relating to fair competition in the public procurement. In order to emphasize the need to leave behind the unfair practice in public procurement were reviewed important constitutional principles and legal related highlight the need for transparent processes of public procurement of goods and services, within the current constitutional status of rights and Social Justice, where the human being and the society as a whole are placed in the center of the interest of the public administration.

Key words: unfair agreements, restrictive practice, competition, suppliers and Government procurement.



## INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo titulado: **“ACUERDOS DESLEALES Y PRÁCTICA RESTRICTIVA QUE AFECTA LA COMPETENCIA ENTRE LOS PROVEEDORES DEL ESTADO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”**, se establece de manera clara y precisa los parámetros constitucionales, legales y reglamentarios que hacen referencia a la contratación pública y a la necesidad de transparentar dichos procesos con la finalidad de dar absoluta supremacía al interés público frente al interés -muchas veces egoísta- de los proveedores que buscan a todo costa beneficiarse.

También se hace referencia al proceso inclusivo emprendido desde la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (2008), a través del cual, se busca integrar en el proceso de contratación pública a grupos marginados, invisibilizados para el Estado, cuya integración permite que participen como proveedores ofertando bienes y servicios que tienen beneficios agregados, como son la satisfacción de la sociedad y el bienestar de estos colectivos sociales, caminando todas y todos los ecuatorianos hacia el ansiado Buen Vivir.

Para el desarrollo del presente ensayo se implementó el método exegético, en virtud de que se revisaron importantes cuerpos legales tales como: Constitución de la República del Ecuador 2008, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus respectivos Reglamentos. *El referido método también aportó significativamente en el estudio minucioso de los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado ecuatoriano sobre el tema propuesto.*

*Dentro del proceso investigativo se hizo uso de las técnicas de gabinete y de campo. Las técnicas de gabinete permitieron, realizar una amplia revisión normativa, doctrinaria y jurisprudencial del tema, así se contó con apreciaciones de importantes jurisprudencias nacionales e internacionales. Para tal efecto se confeccionaron fichas bibliográficas, nemotécnicas, hemerográficas y linkografía.*

*Los procesos de investigación son mixtos, pues se combinó el análisis bibliográfico y la observación de campo, de esa manera se estructuró una visión global del problema*

*planteado; tomando como punto de partida la concepción constitucional y legal de la contratación pública.*

*En lo que respecta a las etapas de investigación se inició con la selección de variables, la estructuración de hipótesis, la recolección de bibliografía, hemerografía y linkografía, la realización de fichas, la redacción del primer borrador para su respectiva corrección; para finalmente estructurar el trabajo final. En cada etapa de la investigación emprendida se implementó una amplia y continúa evaluación: diagnóstica, procedimental y final.*

*Procedimientos que permitieron cumplir a satisfacción el objetivo primordial del ensayo, revelar los procedimientos que no se encuentran acorde con las disposiciones constitucionales y legales que permiten concretar a ultranza la adecuada y beneficiosa contratación pública de bienes y servicios.*

# CAPÍTULO I

## COMPETENCIA

### 1.1. Fundamentación teórica

El fenómeno de la globalización, en su constante dinamismo a escala mundial, universalizó beneficios y perjuicios particulares, que antaño afectaban en particular a puntuales economías de primer mundo. En la actualidad, con el trasfondo de la apertura de fronteras al comercio internacional, nuestro Ecuador, al igual que el resto de países tercermundistas, reciben un sin número de comercios, que de una u otra manera rompen el esquema nacional establecido para la satisfacción de las necesidades de la población.

Los acuerdos desleales y la práctica restrictiva que afecta la competencia entre los proveedores del Estado en la contratación pública, nace como una estrategia operativa que hace de la ley de la oferta y la demanda su mayor trinchera, básicamente sobre la base de la reducción cuantitativa y considerable del precio de la mercancía ofertada con la finalidad de lograr grandes volúmenes de ventas sin restricción alguna.

Esta ruptura abrupta del mercado incide, lógicamente, en diferentes áreas, sobre todo en la social, cuyos perjuicios son considerables si consideramos que el comercio, además de mover la economía, crea fuentes de trabajo en su proceso de producción, distribución y consumo.

#### 1.2.6. Concepto

El contexto contemporáneo del Comercio Internacional presenta características muy particulares ya que si bien se continúa incentivando el crecimiento de éste, hay factores que implican nuevas características, siendo una de ellas la exigencia cada vez mayor de la implementación de sistemas de seguridad para la protección de la denominada **Cadena Logística de Comercio Internacional**, tanto más si tenemos presente la fragilidad del **Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP)**, que a pesar de haber modernizado los procesos de contratación pública sigue presentando problemas operativos.

**De hecho, desde la implementación del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), dentro del actual marco constitucional y legal del Estado Constitucional de Derechos y Justicia se apuesta por la planificación del desarrollo nacional de manera solidaria y sostenible, la redistribución equitativa de la riqueza y la erradicación de la pobreza para acceder al buen vivir, en torno a la legitimación de la compra pública en el Ecuador.**

**La compra pública no es solo un proceso técnico mediado por herramientas tecnológicas; es por sobre todo, un proceso humano que busca transformar las condiciones de vida de cada uno de los habitantes de la república del Ecuador, sobre la base de una economía solidaria, redistributiva, altamente influyente con los sectores más vulnerables y vulnerados de la sociedad, como los grupos de atención prioritaria, la población GLBTI y los jóvenes.**

**La contratación pública transparente logra transformar las condiciones de vida de todas y todos los ecuatorianos, razón por cual, es necesario que la comunidad ecuatoriana ejerza su derecho a la fiscalización, luchando frontalmente contra la corrupción.**

**Compete entonces al Servicio Nacional de Contratación Pública como ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública desarrollar y modernizar mecanismos y herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública para el apoyo de sus participantes, así también impulsa la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados.**

**La adquisición de bienes o servicios por parte del Estado constituye un mercado, en el cual se intercambian bienes y servicios, con la aclaración de que, en el ámbito de la contratación pública se han establecido estrictos parámetros de control y austeridad en la asignación de recursos públicos, con el fin de garantizar que el colectivo social quede enteramente satisfecha.**

**Esto se logra en la medida de que se propenda a la participación del mayor número de oferentes, que dé a los consumidores o usuarios , en este caso al Estado ecuatoriano, escoger la mejor opción que se adapte a sus necesidades; generando mayor capacidad de innovación entre los productores o proveedores, es decir competencia y competitividad.**

La competencia, permite a los participantes reales o potenciales en uno o más procesos licitatorios alcanzar acuerdos con el propósito de eliminar o restringir la competitividad que se esperaba tuviera lugar en dichos procesos (Gaspar y Araya, 2012: 223). A priori se interpreta que la competencia se suscita solo entre operadores económicos licitantes, públicos o privados, que compiten en un proceso de contratación pública, pero tal interpretación es limitada, pues la competencia tiene dos aristas: la primera se da cuando los operadores económicos acuerdan aumentar sus ganancias de manera ilícita por medio de posturas coordinadas ilegalmente en perjuicio del ente contratante. La segunda postura es el ilícito en el cual el contratante acuerda compartir con el operador económico adjudicado las ganancias extraordinarias producidas por un aumento ilegal del precio, es decir, un acuerdo entre contratante y contratista.

En este punto se debe aclarar que los países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), luchan sobre manera para extinguir ambas aristas o radios de acción de la competencia, sin embargo, reconocen que el segundo modelo, es el más danino en términos de percepción política y de transparencia del sistema de contratación pública de un Estado, conllevando esto a que los potenciales competidores limiten su participación a ciertos mercados, generando al final un mercado con precios ineficientes que en nada satisfacen las altas demandas de la colectividad.

Cuando existe competencia los miembros del mercado tienen incentivos para conquistar la preferencia de los consumidores a través de la oferta de mayores bienes y servicios de mejor calidad y/o precios más atractivos (Pérez, 2006: 45).

En este sentido los convocantes deben procurar siempre que exista libre competencia en sus procedimientos para que las empresas participantes tengan los incentivos necesarios para esforzarse en ofrecer las mejores condiciones de contratación pública.

De ahí que sea necesario fomentar la competencia en la contratación pública a través de:

- El cumplimiento escrupuloso de la normativa;
- La adaptación de las condiciones más favorables para el colectivo.

### 1.2.7. Operadores Económicos

Las contrataciones que realizan el Estado ecuatoriano comprende una amplia gama de bienes y servicios, su importancia económica es evidente, pues los recursos destinados a la contratación pública ocupan un alto egreso estatal, razón por la cual, en este aspecto demanda alta tecnicidad.

La figura del **Operador Económico** Autorizado (OEA) nace con el objetivo de aplicar medidas de seguridad más rigurosas y eficaces y a la vez facilitar el flujo de mercancías en el comercio internacional.

El **Operador Económico**, es la persona natural o jurídica involucrada en el movimiento internacional de mercancías cualquiera sea la función que haya asumido, que cumpla con las normas equivalentes de seguridad de la cadena logística establecida para acceder a facilidades en trámites aduaneros (Resolución Nro. SENA-E-DGN-2014-0566-RE.- Guayaquil, 16 de septiembre de 2014).

Por lo tanto pueden calificarse como **Operador Económico**, los fabricantes, importadores, exportadores, transportistas, consolidadores, desconsolidadores, agentes de carga internacional, puertos, aeropuertos, depósitos aduaneros, depósitos temporales, courier, operadores de terminales, entre otros.

Los operadores económicos tienen las siguientes obligaciones y responsabilidades:

- Cumplir las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, en su reglamento de aplicación y en los reglamentos y actos administrativos que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- Cumplir las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Reglamento de aplicación y en los reglamentos y actos administrativos que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- Vigilar, en concordancia con las entidades correspondientes el cumplimiento de los estándares técnicos de calidad, de salubridad y ambientales.

- Colaborar con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el control de conductas anticompetitivas.
- Promover las prácticas comerciales competitivas y eficientes.
- No enervar el derecho a desarrollar actividades económicas a través de prácticas restrictivas que permitan eliminar a sus competidores o eliminar el ingreso de nuevos operadores.
- Evitar las prácticas que busquen la formación de monopolios y oligopolios.
- Observar las prácticas comerciales señaladas en el Manual de Buenas Prácticas emitido al respecto por la SERCOP.
- Denunciar ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado las conductas susceptibles de ser consideradas infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

### **1.2.8. Mercado Relevante**

El mercado relevante viene dado de acuerdo con:

- La decisión de celebrar un contrato;
- El proceso de contratación escogido;
- El diseño de las condiciones de la licitación: acceso a la licitación y valoraciones de las ofertas;
- La duración de los contratos;
- El desarrollo del procedimiento; y,
- La ejecución del contrato.

### **1.2.9. Poder de Mercado**

El diseño competitivo de los procesos competitivos en los procesos de contratación pública juega un papel fundamental en la obtención de las mejores condiciones de: precios, calidad,

variedad de los bienes y servicios contratados por el Estado ecuatoriano, así como en la asignación eficiente de fondos públicos para la puntual satisfacción de las apremiantes necesidades de la colectividad.

Razón por la cual, los procedimientos de contratación pública deben diseñarse de manera que:

- Garanticen condiciones equitativas a todos los participantes;
- Incentiven la presentación de propuestas agresivas;
- Desincentiven la celebración de acuerdos colusorios.

Pues la falta de competencia y libre concurrencia en la contratación pública tiene serias repercusiones en las contrataciones públicas, pues provoca la asignación indiscriminada de fondos públicos, en detrimento de toda la sociedad. Genera además la asignación de precios altos que inciden en ganancias extraordinarias entre los participantes, las cuales bien podrían utilizarse para la realización de la obra pública, además de dar pie a posibles actos de corrupción. Así la ausencia de competencia y libre concurrencia genera un círculo vicioso que afecta de manera integral a todos los participantes.

Los procesos de contratación pública deben estar diseñados de manera tal que facilite la participación del mayor número de participantes evitando las restricciones del mercado y facilitando el precio más atractivo y conveniente para el Estado, para ello es necesario prestar atención a:

- La necesidad a satisfacer, ya que los únicos contratos que pueden celebrarse con los entes públicos son aquellos que son necesarios para satisfacer los fines de determinada institución pública, cabe destacar que, una inadecuada definición del fin que se persigue y un inapropiado contrato para cumplirlo determina la máxima ineficacia de la contratación pública, que hace innecesaria su celebración, de ahí la necesidad de una adecuada definición. Pero si esta forma es primordial, también es importante la forma en que se va a satisfacer la necesidad colectiva, que es el punto de partida y de llegada de la contratación pública.
- La elección del procedimiento de adjudicación, el procedimiento abierto es per se, el más respetuoso con la libre competencia, pues se deja a la discrecionalidad de la libre



contratación la decisión de elegir entre la libre contratación y el restringido. La elección del tipo de procedimiento de adjudicación debe realizarse en función del objeto y necesidad a satisfacer, por ello a mayor innovación, desarrollo, participación, investigación participan pequeñas y grandes empresas en el contrato a celebrarse permitiendo la implementación de procedimientos flexibles que dan cabida al diálogo, competitivo, asociación para la innovación de procedimientos negociados cuya implementación queda supeditada a la concurrencia delimitada los propósitos del ente público.

- Las prohibiciones para contratar, como la introducción de nuevas posibilidades debe ser hecha de forma que cause el menor impacto posible a las empresas participantes en base al principio antiformalista y orientado con carácter general a la necesidad de impedir que las empresas tengan ventajas competitivas ilegales en los procesos de contratación pública.
- Los criterios cualitativos de contratación pública, en consonancia con la apertura de mercados públicos imponen reglas de capacidad económica y financiera demasiado rigurosos que limitan la participación de ciertas empresas oferentes, razón por la cual, resulta más operativo que los participantes acrediten su idoneidad que a la vez garantice el cumplimiento del contrato celebrado, sin cerrar la posibilidad de participar en las correspondientes licitaciones.
- Las especificaciones técnicas, constituyen el medio idóneo para garantizar o entorpecer la contratación pública, por lo que las mismas deben ser en extremo cautelosas, de modo que favorezcan la participación del mayor número posible de oferentes.
- Las condiciones de la contratación, aquí la innovación, la sustentabilidad, la eficacia y la idoneidad de los oferentes marcan la diferencia.

#### **1.2.10. Primacía de la Realidad en la Competencia**

En los procedimientos de contratación pública se espera que los oferentes preparen y presenten sus ofertas a tono con la realidad del Estado contratante, en este sentido, está prohibido que los oferentes se pongan de acuerdo con el objetivo de evitar competir en un

determinado procedimiento de contratación, aduciendo no reunir los requisitos y demandas reales de la entidad pública.

Por lo tanto, la primacía de la realidad en la competencia hace relación a la contratación pública integral, como un proceso que debe enfocarse a promover, incentivar, estructurar y garantizar que la población más pobre del país tengan acceso al sistema de la compra pública y pueda participar en igualdad de oportunidades.

### **1.3. Lineamientos para la Regulación y Principios para la Aplicación de la Competencia**

La organización del Estado tiene como fuente la Constitución de la República del Ecuador, en donde se plasman las condiciones jurídicas que forman a la sociedad política y jurídicamente organizada, que no solo depende del marco jurídico concreto sino además debe tomar en cuenta los principios fundamentales y los valores que rigen al Derecho Internacional. Recordemos que el Estado ecuatoriano se personifica a través de la Administración Pública, por lo tanto es el llamado a vigilar, cumplir y hacer cumplir los principios establecidos en el Derecho Internacional, en la Constitución de la República y en la Ley, mismos que se construyen sobre la base de un andamiaje que le otorga mayor fuerza para su aplicación y ejecución.

En los procedimientos de contratación pública referidos en la ley, se deben observar y aplicar puntuales principios universales, recordando que: "...la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad y la transparencia son los principios jurídicos propios que hacen la esencia y existencia de la licitación" (Dromi, 2009: 483).

La contratación pública se rige por principios básicos y universales que deben entenderse y tomarse en cuenta en todo procedimiento para evitar violentarlos, estos principios son:

#### **1.3.1. Principio de No Discriminación**

Se trata del principio de la libre concurrencia o igualdad de trato, uno de los principios generales de la contratación pública que ha obtenido un continuo reconocimiento normativo,

tanto en el ámbito nacional como internacional, así como por las distintas instancias jurisprudenciales.

Específicamente, en el ámbito de la contratación pública, el referido principio, implica en particular una obligación de transparencia que permite a la autoridad pública llevar el proceso administrativo de contratación de manera clara a la luz de la fiscalización pública.

El principio de no discriminación tiene estrecha relación con el principio de igualdad en la contratación pública, mismo que: "...parte en el nivel de conciencia jurídica actual, de la humanidad de la igual dignidad de toda persona, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la Segunda Guerra Mundial" (Nogueira, 2006: 799).

La igualdad es un principio que se aplica a la gran mayoría de ramas del Derecho y se lo reconoce como derecho fundamental o constitucional de las personas. Se incorporó a las normas jurídicas con mayor fuerza a partir de la Revolución Francesa (1789) que venció al poder monárquico y proclamó los principios del nuevo Estado liberal, en base a los principios de: libertad, fraternidad e igualdad.

Reconocido como derecho fundamental, se puede evidenciar que la igualdad no se considera únicamente como principio, sino que además se reconoce como un derecho. En este contexto la conciencia jurídica, define como un concepto amplio pues su contenido es "...limitado, ilimitable y delimitable" (Castillo, 2008: 78) y su aplicación se efectúa precisamente en función de lo que la norma constitucional desarrolle.

Para materializar la igualdad de los sujetos, el principio de igualdad se entiende como el acceso a y sin restricción alguna, a la salud, educación, vivienda, trabajo, buen vivir, etc. derechos reconocidos constitucionalmente; pero también reconoce diferencias de trato, precisamente cuando se efectúan entre aquellos que se reconocen como desiguales, entendiéndose como una forma de protección por la desigualdad.

En la contratación pública la igualdad significa que todos los sujetos interesados en contratar con el Estado participan en idénticas condiciones, gozando de las mismas oportunidades,

obligando a las entidades a establecer en los pliegos de procesos, las mismas condiciones, para los futuros oferentes, que les permite obtener la oferta más ventajosa y establecer preferencias hacia quien oferte las mejores condiciones presentes o futuras, sobre la base de selección objetiva que dispone la ley.

En el proceso de selección del contratista, surge un fenómeno social, jurídico y empresarial, denominado discriminación positiva o discriminación no arbitraria, aplicable en forma de preferencias, a favor de las micro, pequeñas, medianas empresas o actores de la economía popular y solidaria, con el fin de que obtengan cierta ventaja frente a otras personas o empresas, cuando participan en un proceso de licitación o de contratación con el Estado, obviamente, cumpliendo las mismas exigencias legales y requisitos establecidos para el efecto; en estas circunstancias, la discriminación positiva o discriminación no arbitraria se define como:

Una acción que, a diferencia de la discriminación negativa (o simplemente discriminación) pretende establecer políticas que dan a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, un trato preferencial en el acceso de ciertos recursos o de servicios así como acceso a determinados bienes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos y compensarlos por los perjuicios o la discriminación de lo que fueron víctimas en el pasado (Arámbula, 2008: 12).

La discriminación positiva se diferencia de la discriminación negativa en cuanto trata de emprender una serie de acciones o medidas, con las cuales se incorpora a las personas y a los grupos sociales en los diferentes procesos de contrataciones emprendidos por el Estado ecuatoriano, la ley reconoce e incorpora a las micro, pequeñas, medianas empresas y a los actores de la economía popular y solidaria que por su condición económica y capacidad de producción reciben una ventaja frente a oferentes que cumplen con los mismos requisitos y condiciones de acuerdo con las bases en un proceso de contratación pública.

### **1.3.2. Principio de Transparencia**

La transparencia, entendida además, como una obligación de la administración pública de rendir cuentas con el fin de evitar la corrupción, es otro principio que rige el actuar

contractual, permite evidenciar cómo se desarrollan los procesos, el uso y el fin que la administración pública da a los recursos.

En este sentido, la licitación pública es un procedimiento que hace viable la transparencia del obrar público, fundamentalmente, en el manejo de los fondos públicos [...]. Se entiende entonces que la transparencia como principio rector de la licitación pública abarca -respecto del actuar administrativo- el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control (Dromi, 2009: 486).

El principio de transparencia se encuentra íntimamente ligado con los principios de publicidad y difusión, es además un complemento al principio de concurrencia. Pues la publicidad hace posible que un número mayor de oferentes conozcan los procesos licitatorios (desde la convocatoria hasta la adjudicación), que realiza la administración pública, y decidan su participación en las condiciones allí establecidas; permita a los oferentes contratar con un conocimiento total de todos y cada uno de los requisitos y exigencias establecidos en los pliegos, con el fin de que los posibles oferentes puedan efectuar preguntas y solicitar aclaraciones a la administración pública respecto de su contenido, significa entonces que la transparencia está presente a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento licitatorio, inclusive para efectos de control ya sea de la administración pública, los oferentes y todos aquellos particulares que consideren hacerlo.

### **1.3.3. Principio de Proporcionalidad**

La aplicación del principio constitucional de proporcionalidad consiste en la materialización de normas de carácter constitucional con estructura de principios que contienen derechos fundamentales en coalición, en sí, es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, imperantes en el Ecuador a partir de la promulgación y vigencia de la Constitución de la República 2008, que tiene lugar con la re-conceptualización de los derechos fundamentales que dejaron de ser meras afirmaciones para convertirse en espacios mínimos de actuación humana respetada por todos inclusive por el Estado, donde el individuo se encuentra con jurisdicción como órgano de tutela última y necesaria aún frente a la ley.

Tiene por objeto limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dicho en otras palabras, se debe aplicar el examen de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio-fin, que debe ser idónea, legítima, útil y práctica para obtener los objetivos constitucionales planteados, además de ser útil su aplicación debe ser necesaria y adecuada para obtener un fin legítimo.

De hecho existen varias opciones para lograr el fin, sin embargo, se debe optar por aquella opción de afectación de derechos fundamentales que sea más leve para lograr los objetivos constitucionales que es la satisfacción de otros derechos, a la luz del principio pro homine.

El principio pro homine es de suma utilidad a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad; pues determina a ciencia cierta el grado de equidad y justicia del proceso efectuado por la administración pública.

El principio de proporcionalidad implica la esencia misma de los principios. El examen de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, instrumento que, constituye el más importante principio del derecho constitucional material, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo constituyen un sistema de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para declarar la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad constitucional, aplicada a través de una lógica gradual; esto significa que se va aplicando sucesivamente los controles que hace cada una de las reglas que se encuentran cronológicamente concatenadas, se requiere conocer la estructura del principio y de sus reglas para comprender su modo de aplicación o procedimiento estandarizado de razonamiento, el que esencialmente consiste en seguir los pasos establecidos para cada una de las reglas, lo cual permite reconstruir el razonamiento seguido y advertir tanto las fortalezas como las posibles deficiencias en el proceso de argumentación de la decisión, lo cual permitirá generar una mejor justicia y un mayor disfrute de los derechos fundamentales, que constituyen uno de los pilares del ordenamiento jurídico del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Para aplicar el principio de proporcionalidad, es necesario seguir el método normativo, que dentro del Neoconstitucionalismo debe desarrollarse a base de las reglas de idoneidad, adecuación, necesidad y de ponderación.

El principio de proporcionalidad es otorgar a cada quien lo que merece, teniendo en cuenta el respeto, la dignidad y la equidad, este principio debe ser aplicado en la contratación administrativa, pero sigue siendo una definición demasiado subjetiva, quedando a merced de lo que cada persona interprete -a su conveniencia- por lo que se requiere establecer parámetros que de manera clara y objetiva determinen su viabilidad real.

La proporcionalidad se determina caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual este se inserte, lo que dota de un carácter netamente subjetivo (Rodríguez, 2011: 89).

Razón por la cual, resulta necesario establecer claramente la aplicación de la proporcionalidad, con el fin de evitar su calificación a conveniencia, al considerarse que se trata de un “estándar de contenido indeterminado y, por ende, se podrían cometer los mismos abusos que los cometidos hace un siglo, si se los dota de un contenido injusto o irracional” (Plan Nacional). De ahí la importancia de contar con una definición que permita comprender su alcance, con reglas claras para en la práctica evitar situaciones que por su indeterminación puedan dar objeto a demandas y sus consecuentes responsabilidades para el Estado que las aplicó.

#### **1.3.4. Principio del Debido Proceso**

*El debido proceso es una conquista paulatina de la humanidad civilizada, que logra imponerse frente al absolutismo y la autocracia. Es, en otras palabras, el freno legal que los gobernados logran, después de muchos siglos de injusticia y atropellos, imponerle a sus gobernantes arbitrarios.*

El debido proceso nace cuando el Parlamento inglés, integrado por los lores y los comunes, logra imponerle al rey en la Carta Magna límites a su autoritarismo. Los colonos ingleses que perseguidos por sus convicciones políticas y religiosas se refugian en América, incorporan a la Constitución de los Estados Unidos de América el debido proceso legal como uno de los derechos y libertades fundamentales, según el ideario de la Revolución

Francesa de 1789. A partir de entonces, todas las Constituciones del mundo incorporan esa garantía dentro del catálogo de sus derechos y libertades fundamentales, como límite al poder omnímodo del Estado, reforzada por la garantía del juicio justo y equitativo.

Pero como la protección del derecho interno no es suficiente, tal como ocurrió con las tiranías totalitarias del siglo XX, el debido proceso quedó incorporado en los Pactos internacionales de Derechos Humanos, que lo protegen frente a violaciones internas en los Estados. Es, sin duda, el medio judicial más importante para amparar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. Por lo tanto, es preciso interpretar el contenido del debido proceso no sólo de manera horizontal como un agotamiento progresivo de etapas, sino en sentido vertical aplicándolo a todas y cada una de las actuaciones judiciales, cumpliendo con los requisitos señalados en la Constitución de la República y la Ley.

Estas son los mecanismos que permiten, en efecto, respetar las garantías del ciudadano en la actuación judicial o administrativa concreta. El cumplimiento de tales requisitos dota de legalidad a la actuación y su incumplimiento además de desbordar el poder punitivo convierte en ilegal la actuación.

En sentido amplio, se refiere no solo a ese conjunto de procedimientos legislativos, judiciales o administrativo que deben cumplirse para que una ley, una sentencia, o una resolución administrativa, sea formalmente válida y para que constituya una garantía del orden de justicia, de la seguridad jurídica propuesta como innegable para el ciudadano en el estado liberal (Echeverría, 2003: 2).

*El debido proceso tiene su origen en el due proceso of law anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.*

Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución justa.



Por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia. En ese entendido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial, se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales.

### **1.3.5. Principio de Concurrencia**

La concurrencia es un principio por el cual se “afianza la posibilidad de opción entre los interesados en la futura contratación, con mayor competencia entre los oferentes e implica la prohibición para la administración pública de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso” (Vaca, 2014: 53). La concurrencia evita los monopolios, al establecer que la entidad pública debe realizar un procedimiento de selección pública, que permita el acceso de todos aquellos interesados en participar en un proceso, en el cual, luego de verificar que se encuentren en capacidad de cumplir con los requisitos establecidos en los pliegos se pueda elegir la oferta más conveniente a los intereses públicos.

Este principio no es absoluto, por cuanto la normativa jurídica impone restricciones o limitaciones al exigir un control en la capacidad de los oferentes, señalando como ejemplo de restricción o limitación de este principio, la exclusión de los oferentes jurídicamente incapaces, honorabilidad civil, entre otros, e inclusive también como excepción el hecho de condicionar en los pliegos la capacidad técnica y de solvencia económica financiera, de igual forma establece que no se puede elegir individualmente, ya que en este caso definitivamente la concurrencia no sería libre (Dromi, 2009: 484).

Concurrencia significa participación de varios oferentes: “al promover la participación del mayor número de ofertas, la administración pública persigue la obtención de un menor precio (principio de eficacia), o un procedimiento que asegure la realización de la obra

pública en un tiempo determinado” (Cassange, 2006: 57); cuanto mayor sea el número de participantes, el Estado tendrá mayor posibilidad de elegir su contratista, de acuerdo a las mejores condiciones que en su oferta, presenten los participantes, “lo que no implica la aseveración armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista” (Cassange, 2006: 57).

El principio de concurrencia permite a la administración pública, luego del proceso licitatorio, tomar las decisiones observando el principio de legalidad, respecto de la mejor oferta escogida por ser la más conveniente, luego de ser evaluada, entre todas las ofertas presentadas. Por lo tanto las entidades deben propender a posibilitar la concurrencia, entendida como la libre posibilidad de participar en la selección del contratista sin coacción, tanto en lo referido al ingreso por propia iniciativa o a la licitación, como el desenvolvimiento del proceso (Dromi, 2009: 90).

El principio de concurrencia, “integra los principios inherentes a la defensa de la competencia, resulta plenamente aplicable a las relaciones entre los particulares y el Estado, en el ámbito de la contratación pública” (Cassange, 2006: 56). Se trata de un principio medular en los procedimientos de contratación pública, al existir más de un interesado en verificar la actuación de las entidades contratantes, obliga también a esta, a actuar con legalidad y transparencia y a adjudicar efectivamente a la oferta más conveniente para la institución, sea por razones técnicas o económicas que deberá justificar a través de la publicación de un informe de evaluación efectuado a cada una de las ofertas presentadas.

## **CAPÍTULO II**

### **LA COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Nuestro país, en el ámbito de la Contratación Pública estaba regido por una legislación obsoleta, que en la práctica, no respondía a la realidad actual; y que más bien abría las puertas a prácticas desleales, perjudicando enormemente al Estado ecuatoriano en su conjunto; teniendo esta realidad como antesala la Asamblea Nacional promulgó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, innovando los procedimientos a través del empleo de las TIC'S, a tono con las exigencias de la sociedad moderna y del sistema de globalización mediante la eliminación de barreras comerciales, lo cual promueve, facilita y motiva la participación de más contratistas, mejorando visiblemente la eficacia y economía del Estado ecuatoriano. Pese la batahola de reformas legislativas que en su conjunto buscaban el mejoramiento significativo de las compras públicas todavía queda mucho por hacer.

#### **2.1. Introducción a la Competencia en los Procedimientos de Contratación Pública**

Recordemos que la Contratación Pública tiene su origen en el naciente Estado ecuatoriano de 1830, sin embargo, su avance paulatino se desarrolló con la primera Ley de Licitaciones de 1964, pero es recién en el año 1990 donde se crea el instrumento público que regula los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las lagunas y vacíos de las anteriores leyes promulgadas, dicho instrumento legislativo fue la Ley de Contratación Pública, misma que fue reformada en el año 2003 y derogada en el mes de agosto de 2008, para ser sustituida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de 2008, es la base del Sistema de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora.

Cabe recalcar que este sistema trae consigo innovaciones como el uso de procedimientos electrónicos, con la finalidad de hacer uso de las TIC'S y sus marcadas gracias, además de implementar en la práctica diaria principios, normas y mecanismos del actual paradigma Estatal, Constitucional de Derechos y Justicia.

## 2.2. Principios de la Contratación Pública

De acuerdo con el tratadista (López, 2010: 26), los principios que rigen la contratación pública son: “legalidad, trato justo, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional”, razón por la cual, los mismos deben ser aplicados de manera obligatoria e irrestricta por todas las entidades contratantes, desde el momento que realizan la planificación hasta su terminación. Los referidos principios se encuentran establecidos dentro del Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

<b>PRINCIPIOS</b>	
<b>LEGALIDAD</b>	Este principio rige en la Contratación Pública, porque la misma debe realizarse de acuerdo con la ley y con los procedimientos establecidos dentro del Ordenamiento Jurídico, respetándose a ultranza el principio de reserva de ley. Obviamente, la normativa aplicable sigue el orden jerárquico establecido en el Mandato Constitucional (Art. 425). Asimismo se debe tener presente la obligación de que las prerrogativas de la Administración Pública deben establecerse con extrema claridad, puntualidad y precisión. Caso contrario, se pueden presentar reclamos o recursos administrativos, de acuerdo a su pertinencia.
<b>TRATO JUSTO</b>	Mediante este principio se garantiza que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y todas y cada una de sus dependencias, como entes contratantes, al momento de realizar una invitación a los oferentes, ya sea mediante licitación, concurso público, compras por catálogo, entre otros, sean tratados de forma equitativa, justa y proba, eliminando posibles preferencias direccionadas a una empresa en particular. Tal vez, la excepcionalidad al referido principio se imprima en los contratos de emergencia, ya que las entidades contratantes, a través de la máxima autoridad, contratar a extranjeros, sin ser necesario que presten garantías, así como se lo exige a los proveedores nacionales, habiendo por lo tanto un trato desigual.

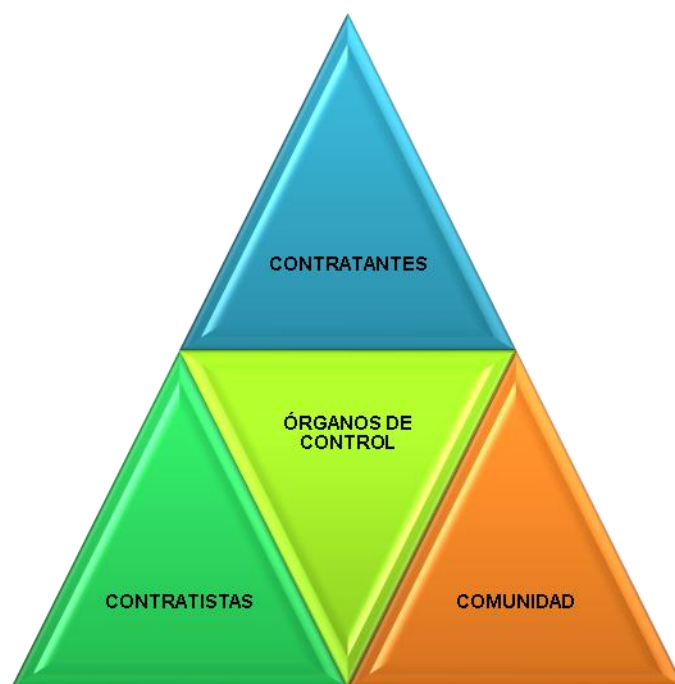
<b>IGUALDAD</b>	El principio de igualdad exige que todos los ofertantes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas oportunidades y de ser necesarios con las mismas facilidades, realizando sus ofertas sobre bases idénticas, lo cual implica que, la entidad pública al preparar las bases o términos de referencia no tiene que incluir condiciones o consideraciones que limiten o pongan a ciertos oferentes en condiciones de superioridad o preferencia.
<b>CALIDAD</b>	A través de este principio se busca que los bienes y servicios que se ofertan sean de la mejor calidad posible, cumpliendo las condiciones de calidad, precio y plazo.
<b>VIGENCIA TECNOLÓGICA</b>	Con las últimas innovaciones incorporadas en la Administración Pública, el Sistema Nacional de Contratación Pública promueve el uso intensivo de tecnología para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, con lo cual se ha conseguido democratizar el uso de la información y transparencia; a la vez de modernizar los procedimientos disfrutando de las gracias y beneficios de las TIC'S.
<b>OPORTUNIDAD</b>	Este principio garantiza que todos y cada uno de los ofertantes partan de las mismas reglas de contratación, bajo los mismos requisitos, sin sentirse ni beneficiados, ni perjudicados.
<b>CONCURRENCIA</b>	A través de este principio se afianza la posibilidad de oposición entre los oferentes interesados en la futura contratación e implica la prohibición para la Administración Pública de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Sin embargo, y pese a lo manifestado se debe tener presente que la normativa constitucional y legal impone ciertas limitaciones dado que el interés público exige un control exhaustivo de la capacidad de los concurrentes.
<b>TRANSPARENCIA</b>	Es el principio rector de la Contratación Pública, que abarca el actuar de la Administración Pública, exigiendo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia,

	razonabilidad, responsabilidad y control.
<b>PUBLICIDAD</b>	Este principio lleva implícito la obligación de que todos los entes públicos que van a efectuar cualquier tipo de contratación tienen la obligación de publicar su requerimiento en el portal de compras públicas: <a href="http://www.compraspublicas.gov.ec">http://www.compraspublicas.gov.ec</a> , con el fin de que puedan concurrir el mayor número de proveedores interesados, de tal manera que la Entidad Pública pueda elegir de la amplia gama de participantes, el mejor precio y la mayor calidad. Con el principio de publicidad también se facilita la fiscalización ciudadana de la contratación pública.
<b>PARTICIPACIÓN NACIONAL</b>	A la luz de este principio el Estado ecuatoriano impulsa la dinamización de la producción nacional, a través del establecimiento de criterios de valoración e incentivo de los nuestro. Sobre todo porque ciertas adquisiciones versan sobre productos propios de una localidad específica. La finalidad de la aplicación de este principio es garantizar el comercio de productos y servicios nacionales. Bien se podría manifestar que, el principio de participación nacional es la base para desarrollar a la industria ecuatoriana, en especial, a los proveedores de la economía popular y solidaridad, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas que hace mención la parte pertinente del Art. 228 del Mandato Constitucional. Gracias a este principio se puede mejorar la relación entre el Estado y la ciudadanía, permitiendo que cada uno de las y los ciudadanos ecuatorianos puedan participar en los procesos de Contratación Pública y crecer económicamente, ya que busca que los bienes, servicios u obras sean en su totalidad de origen ecuatoriano y por tal motivo al evaluar una oferta se verifica el valor agregado nacional.

### 2.3. Régimen de Regulación y Control

El Régimen de regulación y control en la Contratación Pública se establece a través del Sistema Nacional del mismo nombre. Cabe destacar que el referido sistema, es la herramienta de información, de ordenación y control, que aporta datos y cifras relevantes para el proceso de Contratación Pública, con la principal finalidad de darle transparencia y publicidad a los contratos estatales, proteger los recursos públicos y evitar mecanismos de corrupción.

Gracias al Sistema Nacional de Contratación Pública se formó la trilogía:



Es decir que el principal beneficio que emana del Sistema Nacional de Contratación Pública radica en la interacción que existe en los contratantes, contratistas, la comunidad y los órganos de control, facilitada enormemente por el empleo de las TIC'S (ya que la contratación se puede realizar en línea).

Dentro del régimen de regulación y control en la Contratación Pública juega un papel muy importante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que norma y regula los procesos de contratación pública desarrollados por el Estado ecuatoriano, por lo mismo cabe destacar que se trata de un avance para el Ordenamiento Jurídico Nacional, ya que ajusta y unifica todos los procedimientos para la contratación pública sean estos de adquisición de bienes, de prestación de servicios o de ejecución de obra.

Esta ley, además logró dinamizar las compras públicas, al introducir las TIC'S en el proceso de adquisición, porque se realiza en el portal de compras públicas, donde la fiscalización ciudadana es colectiva, lo más importante es que los montos, en el caso del catálogo electrónico y de la puja en el caso de subasta inversa son públicos, están bajo la observancia de toda la comunidad de manera directa gracias al ciberespacio.

A decir de (Vargas, 2003: 19) “como consecuencia de la subasta inversa podemos constatar las siguientes ventajas: a.- importantes ahorros económicos; b.- sensible disminución del tiempo; c.- confidencialidad ente los participantes; d.- adjudicación inmediata”.

Otros autores como (López, 2010: 41) al analizar la subasta inversa y refiriéndose a las ventajas que la aplicación de este proceso reporta, señala: “cuando las instituciones públicas hacen uso de la subasta inversa electrónica logran un enorme ahorro en el tiempo que toma la realización del procedimiento, obteniendo un ahorro económico” aplicando así algunos de los principios de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que son: la transparencia, publicidad e igualdad, de esta forma aumenta el número de oferentes y con estos principios se puede conseguir mejores precios y como los procedimientos son en extremo públicos, permite que esté a la vista de la comunidad en su conjunto, siendo la fiscalización social la tónica; de esta manera quien tiene el servicio de internet fácilmente puede observar, vigilar y fiscalizar el proceso y la inversión pública (Baldeón, 2008: 36).

El actual régimen de regulación y control en la Contratación Pública deviene en: 1.- importantes ahorros para la entidad contratante por la reducción de precio; 2.- sensible disminución del proceso contractual; 3.- confidencialidad garantizada entre los contratantes, en los de subasta interna electrónica es bastante difícil conocer quienes participan como oferentes; 4.- adjudicación inmediata, se realiza al final del acto de la puja y de forma totalmente objetiva, pues se adjudica el contrato a quién terminó ofertando el precio más bajo; 5.- transparencia y publicidad; 6.- aumenta el espectro de potenciales proveedores; 7.- reduce los errores de las ofertas; 8.- despersonaliza la oferta evitando posibles tratos a favor con el proveedor habitual.

En varios países que han utilizado este procedimiento dinámico, se habla de las ventajas del régimen de regulación y control en la Contratación Pública, de tal manera que (Ayala, 2010: 23) indica:



La modalidad de selección de proveedores por subasta inversa involucra una serie de beneficios en la contratación pública, tanto para las entidades del sector público como para los proveedores, beneficios que se pueden resumir de la siguiente manera: - beneficios para el Estado- 1.- permite a las entidades del sector público racionalizar sus recursos, obteniendo ahorros de tiempo, dinero y recursos humanos; 2.- posibilidad de efectuar las adquisiciones o contrataciones de manera oportuna; 3.- facilitar el control y supervisión de las contrataciones efectuadas por las diversas entidades del Estado; -beneficios para los proveedores- 1.- fomenta la participación de proveedores de diferentes localidades a nivel nacional e internacional; 2.- mayor transparencia en las contrataciones, lo que genera mayor confianza en el sistema; 3.- reducción de costos burocráticos de los procesos de selección.

Una vez que ya hemos analizado las ventajas del régimen de regulación y control en la Contratación Pública, es hora de abordar las desventajas del mismo. Así anotaremos que la publicación, derogación y reformación constante de resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública da pie a una diversidad de dificultades, pues el problema es que se puede empezar con un proceso de contratación pública aplicando las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y cuando ya está hecho todo el proceso antes de la publicación, sale una resolución de la SERCOP que modifica la evaluación de las ofertas o pueden establecerse nuevos modelos de pliegos, que cambian un sinnúmero de aspectos del proceso, cambiando las reglas del proceso, induciendo a la equivocación involuntaria por parte de las y los funcionarios, las y los servidores públicos, lo cual resulta muy preocupante ya que existe una constante revisión por parte del ente controlador; y que, podría conllevar a sanciones administrativas o más aún, las económicas como son las glosas dispuestas por la Contraloría General del Estado.

Otra desventaja que se puede encontrar en el régimen de regulación y control en la Contratación Pública, es que al momento de desarrollar un proceso de contratación pública es difícil identificar si el bien o el servicio es normalizado o no normalizado ya que su concepto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es muy ambiguo; además se pueden evidenciar problemas constantes en el portal de compras públicas al momento de publicar el proceso ya que en varias ocasiones no permite cuadrar el cronograma del portal de compras públicas con el cronograma de los pliegos, lo cual provoca zozobras generalizadas.

## 2.4. Abuso del Poder del Mercado

Es importante establecer que el poder del mercado se interpone o se hace presente cuando se puede prescindir de competidores, proveedores, consumidores, agentes de comercio, distribuidores, etc.

El abuso del poder del mercado o abuso de posición de dominio es el supuesto en que uno o varios operadores económicos al amparo de su poder en el mercado, impiden, restringen, falsean o distorsionan la competencia afectando la eficiencia económica o el bienestar general de la sociedad ecuatoriana.

Dentro de las referidas prácticas las más importantes son las que giran en torno a los precios, limitación de entrada y expansión de competidores, control de medios y niveles de producción, ventas atadas o condicionadas, negativa injustificada de contratar, descuentos condicionados. A más de estas prácticas comunes, encontramos el abuso del poder del mercado cuando un agente aumenta sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.

Frente a estos supuestos cabe recalcar dos excepciones: una regla del *mínimis* que exime de esta norma cuando los operadores son de pequeña escala de manera que no haya una afectación significativa a la libre competencia; y una regla referente a conductas que contribuyan a mejorar la producción, la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

El abuso del poder del mercado resulta ser muy común en la contratación pública, cuando de manera parcializada se da carta abierta a los contratantes para acordar previamente las reglas de la contratación pública, de manera que el resto de oferentes no pueda mejorar las condiciones establecidas, por resultarles no beneficiosas. Estos acuerdos suelen darse en la sombra de la impunidad, porque se conciertan de manera informal, sin dejar rastros o evidencias que permitan su denuncia. Así las cosas, de nada sirven la publicidad y la fiscalización públicas desarrolladas a través del portal de compras públicas, pues como es de entenderse el abuso del poder del mercado se da antes de que inicie el proceso de contratación.

## **2.5. Acuerdos y Prácticas Restrictivas**

Una vez que quedó claro que el poder del mercado se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa, sin tener en cuenta que hacen sus competidores, interviniendo en precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., dando pie a consecuencias letales como: afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado, resulta determinante establecer cómo se desarrolla tal poderío en la contratación pública.

El Estado tiene la obligación de proteger a la libre competencia como medio para lograr eficiencia en los mercados, proteger el proceso competitivo y beneficiar al consumidor, razón por la cual, en esencia en el campo de la contratación pública castiga severamente los acuerdos y prácticas restrictivas.

Las prácticas y acuerdos restrictivos son conductas comerciales que tienen por finalidad restringir o eliminar la competencia por medio de la manipulación del mercado, limitando el acceso a éste y en su mayoría con el fin de alcanzar un monopolio y oligopolio dependiendo el caso.

El Ordenamiento Jurídico Nacional, en general combate el monopolio y el oligopolio dentro del mercado, pero específicamente intenta erradicarlo de la contratación pública a través de severos controles a los procesos de licitaciones, transparentando las compras y contrataciones públicas mediante la utilización del portal de compras públicas. Sin embargo, y pese a los esfuerzos realizados y a la amplia normativa establecida al respecto, los acuerdos y prácticas restrictivas se siguen desarrollando, pues la corrupción es un mal omnipotente que está en todas partes, empañando todo tipo de relación comercial con los entes públicos.

Los acuerdos restrictivos suelen ser menos conocidos que las prácticas restrictivas, porque se concretan en la sombra de la impunidad, pero sus efectos son igual de perjudiciales porque impiden la selección técnica, justa y proba de bienes y servicios que en efecto sirvan para satisfacer las legítimas demandas de la ciudadanía ecuatoriana, velando y priorizando el interés público.

## **2.6. Características que aumentan la probabilidad de acuerdos desleales**

Tengamos presente que los acuerdos desleales son pactos que se realizan entre personas, grupos o entes públicos que tienen por objeto defender intereses particulares en contra de la libertad del mercado. En cambio son prácticas restrictivas las que imponen las federaciones, los sindicatos y los gremios a la contratación de mano de obra o a la prestación de servicios, con la finalidad de limitar el acceso a ciertos mercados o limitar los intercambios comerciales.

Las prácticas restrictivas impiden el funcionamiento de los equilibrios de mercado, pues restringen la oferta o la demanda de ciertos bienes y servicios, haciendo imposible la justa y proba contratación de bienes y servicios. Las prácticas restrictivas responden a los intereses específicos de las partes en juego, que generalmente se ven beneficiados, pero a costa de perjudicar al resto de la sociedad.

El análisis económico demuestra que existen formas diversas por las cuales las empresas obstaculizan la entrada de nuevos competidores en los mercados con el fin de evitar que entren nuevas empresas que reduzcan el poder de cada una de las que ya estaban en el mercado.

Las características la probabilidad de acuerdos desleales, a la luz de lo analizado son:

- Frágiles controles, que no se implementan desde el principio del proceso de contratación pública;
- Hacer público solo ciertos aspectos de la contratación pública, dejando en la sombra aspectos trascendentales que marcan la diferencia en el proceso de contratación;
- Publicación extemporánea de las bases, plazos y condiciones de la contratación pública;
- Exigencia en extremo de bienes y servicios, a tal punto que la contratación se encuentre direccionada en exclusiva a tal o cual empresa por ser la única que cuenta con los requisitos establecidos por la entidad pública contratante;
- Procesos excepcionales de contratación pública, como los contratos convenidos en estado de emergencia, donde las exigencias suelen ser mínimas;
- Establecimiento de plazas o demasiado corto o muy largos que causa amnesia colectiva impidiendo la fiscalización ciudadana.

## 2.7. Medidas de prevención que pueden tomar las entidades contratantes

Las medidas de prevención que pueden tomar las entidades públicas contratantes giran en torno a la fiscalización de los contratos convenidos. Dicha fiscalización puede ser implementada por las personas naturales y/o jurídicas según sea el caso y de acuerdo con los requerimientos de la Administración Pública.

Entre las medidas de prevención recomendadas se establecen las siguientes:

- **Comunicación de los oferentes y contratantes.**- mantener una constante y fluida comunicación entre las partes contratantes asegura el establecimiento de reglas claras en beneficio de la colectividad y de los intereses propios de cada parte;
- **Recepción provisional.**- todo tipo de contratación pública debe partir de la recepción provisional de la documentación pertinente para cada caso; misma que lleva a la recepción definitiva de documentación habilitante. Esta recepción asegura los perfiles de los proveedores interesados, marcando su idoneidad y permitiendo su ingreso al banco de elegibles;
- **Recepción definitiva.**- sirve para verificar los datos ya receptados, con lo cual se habilita al proveedor; porque se entiende que su propuesta cuenta con las garantías exigidas por la entidad pública contratante;
- **Cooperación interinstitucional.**- con lo cual se hace partícipe a la Administración Pública en su conjunto en un proceso transparente de contratación pública; puesto que cada ente estatal desde su experiencia puede establecer mayores parámetros de contratación, fiscalización y satisfacción de las necesidades colectivas; y,
- **Vigilancia, fiscalización y control permanente.**- aun cuando nuestro Ordenamiento Jurídico es abundante en señalar los mecanismos que aseguren el control y fiscalización de la contratación pública de bienes y servicios, resulta prioritario que la sociedad ecuatoriana en su conjunto se interese por velar de principio a fin por la transparencia y justo desarrollo de la contratación pública antes referida.

## CONCLUSIONES

Resulta evidente que la Contratación Pública ha evolucionado significativamente desde la promulgación y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador 2008, pues gracias al cambio de paradigma constitucional la Administración Pública se vio orillada a cambiar de rumbo, hacia un certero norte más legítimo y garantista de los derechos de los habitantes del Estado ecuatoriano.

Esta supremacía a las demandas ciudadanas obligó a la Asamblea Nacional a concertar reformas trascendentales en la contratación pública de bienes y servicios, priorizando las exigencias de los grupos constitucionales definidos como de atención preferente, prioritaria y especializada, además de incluir procesos incluyentes donde se satisfagan también las legítimas necesidades de grupos sociales excluidos como el grupo GLBTI, a quienes la Administración Pública había marginado.

Ahora en pro de concretar el Buen Vivir de todas y todos los habitantes del Estado ecuatoriano la contratación pública cuenta con procesos innovadores donde la tónica es la transparencia, justicia e inclusión, sobre todo por la adopción de las TIC'S, mediante el empleo del portal de obras públicas.

Sin embargo, este plausible cambio todavía no cala hondo en el quehacer diario de la Contratación Pública, pues pese a al imperio del control y fiscalización institucional y ciudadano, todavía la corrupción hace de las suyas, amañando los procesos licitatorios de contratación. Así los medios de comunicación han denunciado insignes casos de contrataciones públicas llenas de entre dichos, desproporciones y ganancias significativas para la autoridad pública contratante; lo cual evidencia la fragilidad de los cambios implementados y la bagatela establecida en su entorno.

Ante esta batahola de denuncias (robustecidas y plagadas de evidencias) resulta que los cambios implementados solo son bambalinas que recubren la corrupción y egoísmo de los grupos de poder económico y político, que transparentan única y exclusivamente lo que les conviene dejando los contratos públicos de gran calado en la sombra, listos para cualquier inconstitucionalidad e ilegalidad. Con lo cual es claro que el interés público solo satisface el interés personal de unos cuantos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arámbula, A. (2008). *Acciones afirmativas. Servicios de investigaciones y análisis*. México: SUBDIRECCIÓN DE POLÍTICA EXTERIOR.
- Ayala, J. (2010). *Aplicación del Derecho Administrativo en Colombia*. Bogotá: EDICIONES DOCTRINA Y LEY.
- Baldeón, I. (2008). *La subasta inversa en la contratación pública*. Quito: EDICIÓN DE AUTOR.
- Castillo. L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: EDITORA JURÍDICA GRIJLEY.
- Cassange, J. (2006). *Contratos de la Administración sección de contratistas*. Quito: REVISTA DE DERECHO PÚBLICO.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: HISPANIA LIBROS.
- Echeverría, O. (2003). *Debido proceso y pruebas ilícitas*. Bogotá: DOCTRINA Y LEY.
- Gaspar, J. y Araya F. (2012). *Derecho corporativo y libre competencia*. Santiago de Chile: UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.
- Granda, E. (2016). *Legítima defensa del contratista del Estado*. Quito: CEP.
- López, W. (2010). *Tratado de contratación pública. Teoría, práctica y jurisprudencia*. Quito: EDITORIAL JURÍDICA ECUADOR.
- Pérez. E. (2006). *Derecho Administrativo*. Quito: CEP.
- Nogueira, H. (2006). *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*. Coruña: UNIVERSIDAD DE CORUÑA.

Rodríguez, L. (2011). *Generalidades del estándar de trato justo y equitativo*. Málaga: UNIVERSIDAD DE MÁLAGA.

Vaca, M. (2014). *Las compras gubernamentales como políticas públicas*. Quito: PODER GRÁFICO.

Vargas, J. (2003). *Contratación electrónica: todo a la vista de todos, en gobierno digital, tendencias y desafíos*. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA.