



MAPA DE RIESGOS RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

ENERO DEL 2002

INDICE		
I.	Indice	1
II.	Antecedentes	2
III.	Introducción	3
IV.	Fundamento Metodológico y Teórico para la elaboración de este Mapa de Riesgos en la Contratación Pública	4
V.	Vulnerabilidades en la Contratación Pública	6
VI.	Marcos de Riesgo en la Contratación Pública	7
	i. Marco 1	7
	ii. Marco 2	8
	iii. Marco 3	9
	iv. Marco 4	10
	v. Marco 5	11
	vi. Marco 6	12
	vii. Marco 7	13
	viii. Marco 8	14
	ix. Marco 9	15
	x. Marco 10	16
	xi. Marcos 11 y 12	17
	xii. Marco 13	18
	xiii. Marco 14	19
	xiv. Marco 15	20
	xv. Marcos 16 y 18	21
	xvi. Marco 17	22
	xvi. Marco 19	23
	xviii. Marco 20	24
	xix. Marco 21	25
	xx. Marco 22	25
	xxi. Marco 23	26
VII.	Líneas de acción	
	i. Cuadro	28
	ii. Acciones específicas	29
VIII.	Conclusiones	31
IX:	Anexo I	32
X.	Anexo II	45

ANTECEDENTES

El Ecuador ha sido clasificado en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional como uno de los diez países de la Región en los que existe mayor corrupción, de entre aquellos que constan en la clasificación.

Ante esta situación, se ha reconocido que la lucha contra la corrupción debe convertirse en una política de Estado, y en tal sentido se elaboró un Plan Nacional Anticorrupción en 1999.

En ese contexto, CLD en su calidad de Capítulo Ecuador de Transparencia Internacional (TI) lideró y conformó –junto con un grupo de representantes de entidades de la sociedad civil, el sector privado y el Estado–, una coalición denominada “Ecuador Transparente” cuya misión es la lucha por la transparencia en la gestión pública, y entre sus acciones destacan la presentación de observaciones y el seguimiento que la coalición hizo a la ejecución del Plan antes señalado. En el Plan Nacional Anti-corrupción consta como un tema prioritario el de impulsar la Transparencia en la contratación Pública.

La preocupación sobre este tema en el Ecuador nació hace más de una década, y en ese período de tiempo innumerables propuestas de reforma han sido desarrolladas y presentadas al país con escaso éxito. La falta de éxito se ha debido en gran parte a la complejidad del tema y a la existencia de intereses creados entre varios sectores económicos y políticos prominentes del país.

Durante los talleres y reuniones que sobre la lucha anticorrupción se han venido desarrollando en el Ecuador en los últimos meses se ha confirmado como un tema prioritario en la lucha anticorrupción a la regulación del sistema de contratación de bienes y servicios del Estado. Regulación que asegure procedimientos expeditos y transparentes en los que se elimine los espacios de discrecionalidad, que permiten la corrupción.

Por ello, CLD ha propuesto que se desarrolle un proyecto definitivo y consensuado para contar con un Nuevo Sistema Nacional de Contratación de Bienes y Servicios del Estado. Se ha partido de la premisa de que el éxito en el control de la corrupción en los procesos de contratación, dependerá en el futuro no solamente de la labor que realice el Estado, sino principalmente de la intervención directa de los ciudadanos y de las organizaciones de la sociedad civil, en el control de la gestión pública. Por ello en el nuevo proyecto, se pone especial énfasis en la transparentación de los procesos de contratación facilitando información a la ciudadanos sobre los mismos, de manera que los monitoreen.

La formulación e implementaron de lineamientos, objetivos y planes explícitos de reforma en materia de contratación pública, tanto a nivel de todo el gobierno como para cada organización pública, obliga a alcanzar consensos sobre los problemas más acuciantes y posibles soluciones que a más de ser técnicamente adecuadas, sean pragmáticas y posibles. El éxito de la participación ciudadana en éste ámbito, se basará en buena medida en la capacidad de la sociedad civil de dimensionar el problema y de proponer las vías adecuadas de solución al mismo. En ese contexto se ha desarrollado el presente documento.

INTRODUCCIÓN

Transparencia Internacional ha impulsado un proyecto para construir mapas de riesgos en las licitaciones públicas en América Latina. Se está utilizando una metodología común que permita efectuar comparaciones entre los distintos países del continente. Esta metodología se basa en principios generales que debían observarse en los sistemas nacionales de contratación pública. A partir de ellos, se examina en que medida estos marcos pueden incidir en una mayor o menor vulnerabilidad de estos sistemas. A su vez, se proponen líneas de acción cuya implementación fortalezca los procesos de contratación pública.

Así, el día 16 de noviembre de 2001, la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo CLD capítulo ecuatoriano de Transparencia Internacional realizó en el Hotel Four Points Sheraton de la ciudad de Quito, un foro taller, a objeto de confeccionar un Mapa de Riesgos Relacionados con Corrupción en Contratación Pública en Ecuador que se desarrolla en éste documento. La Agenda del Taller consta en el Anexo II, así como la lista de asistentes respectiva.

El presente informe¹ se ha alimentado de los análisis previos que sobre los problemas de la contratación pública en el Ecuador se han realizado con anterioridad y tiene dos objetivos principales. En primer lugar, establecer y validar un marco analítico para identificar puntos de vulnerabilidad en el sistema de contratación pública. En segundo lugar, realizar un levantamiento completo sobre estos puntos en el sistema de Ecuador. En este sentido, este trabajo no constituye un índice cuantitativo para obtener una apreciación respecto de la situación de corrupción en el país, en materia de contratación pública, sino más bien un análisis cualitativo del sistema en si mismo. En el futuro, con mayor información y validación de los distintos puntos que inciden en la debilidad de los sistemas de contratación frente a la corrupción, será factible constituir propuestas válidas tanto para la región, como para los países en particular.

Este documento se divide en cuatro partes. En la primera, se reportan los principios utilizados por Transparencia Internacional como base para la constitución de los mapas de riesgos. En la segunda, se describen cada uno de los puntos de vulnerabilidad y se realiza una evaluación para Ecuador. En la tercera, se exponen algunas de las líneas de acción propuestas por CLD y en la última parte se incorpora como Anexo II un documento que contienen algunos criterios desarrollados por el Grupo de Trabajo en Contratación Pública que coordina CLD, destinados a reformas la Ley.

¹ Este informe ha sido elaborado por Andrés Tobar, Cristhian Bahamonde y Valeria Merino de CLD.
Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD)
Calle Juan Ramírez N35-10 y Alemán, Quito, Ecuador
Tel. 5932 2468 212, 2468 227, 2441 655
Fax. 5932 2468229
cld@cld.org.ec
www.cldonline.org
www.viviendolademocracia.org
www.licitenet.com

Dada la similitud de los problemas identificados en la mayoría de los países de la región este documento se tomó en consideración los trabajos realizados dentro de éste proyecto en Chile, México, Perú, Panamá, Argentina y Costa Rica.

FUNDAMENTO METODOLOGICO Y TEORICO PARA LA ELABORACION DE ESTE MAPA DE RIESGOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para poder elaborar un mapa de riesgos en licitaciones públicas², se necesita establecer un referencial básico que posibilite identificar cada situación vulnerable, y poder así situarla contra un telón de fondo común. Para que pueda adquirir una estructura sólida, dicho referencial básico debe estar basado en un conjunto de principios fundamentales.

Los principios que deben regir las licitaciones publicas se distribuyen en dos aspectos principales, que en algunos casos se superponen:

- Fundamento económico
- Fundamento público

Además, es necesario considerar un aspecto adicional, relativo a las doctrinas de administración. En este contexto, los principios que debieran regir las licitaciones publicas deberían tomar en consideración que: "toda compra o encomienda hecha por el Estado debe hacerse a través de concurso pública, con contadas excepciones, como pequeños montos en compras aisladas o emergencias causadas por catástrofes".

a. Fundamento económico

El conjunto de actividades económicas desencadenadas por iniciativa estatal puede describirse como un complejo de mercados. En cada uno de esos mercados se negocia un determinado producto o servicio.

Se puede aplicar a dicha situación toda la lógica de los mercados. Como en dichos mercados todo negocio (según el Principio 1) se rige por licitación, se concluye que no se trata de mercados de tipo cualquiera, sino de mercados regulados. El tipo de regulación aplicada determina sus características formales de funcionamiento. Los siguientes principios se aplican a las reglas que rigen dichos mercados:

- No debe haber margen que permita alzar barreras a la entrada.
- Se debe apuntar al máximo de eficiencia económica.

² ¿QUÉ ES UN MAPA DE RIESGOS?

Es una herramienta metodológica mediante la cual se identifica de manera ordenada y sistematizada un conjunto de marcos de riesgo que pueden dar origen a hechos de corrupción, se califica la presencia del riesgo, se identifican los aspectos vulnerables del proceso y se prevén los posibles daños.

Mediante la observación de los elementos que configuran el mapa de riesgos, y valorando la situación existente, se puede determinar estrategias y acciones de prevención tendientes a controlar la presencia de tales riesgos.

Definición tomada del Informe elaborado por Transparencia Costa Rica en diciembre del 2001.

Un principio adicional, que por regla general no se aplica en mercados estrictamente privados, es que:

- Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes.

b. Fundamento público

Como el Estado hace las licitaciones en nombre del público, el fin que se debe proponer es la satisfacción de éste, y no la del administrador. Y como el público sólo puede enterarse de lo que ocurre en los negocios públicos si se le informa, el Principio 4 se extiende de modo natural a:

- Todas las informaciones, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser accesibles a todos los participantes y al público.

No sería factible exigir que el público tuviera la posibilidad de debatir toda licitación efectuada por el Estado. Sin embargo, ya que muchas licitaciones se refieren a proyectos de gran escala, involucrando enormes sumas de dinero. y con significativo impacto en las comunidades, es razonable definir un principio adicional:

- Toda licitación arriba de determinado valor ha de tener sus motivaciones sometidas a discusión pública.
- Toda licitación arriba de determinado valor ha de tener sus términos sometidos a discusión pública.

c. Doctrinas de administración

Últimamente, la búsqueda de perfeccionamiento de la gestión del Estado condujo a la formulación del llamado New Public Management (Nueva Dirección Pública). En pocas palabras, esa doctrina afirma que el atribuirle al administrador público un máximo de responsabilidad sería la mejor garantía para que éste pasase a desempeñar su trabajo de forma más correcta, más concienzuda y más responsable.

En el campo de las licitaciones. Una consecuencia material de esa doctrina, es la proposición de que se debería conceder al administrador público la máxima amplitud en la toma de decisiones.

Sin embargo, sin entrar en los argumentos de fondo de la New Public Management, sería evidente que la atribución máxima de responsabilidad al administrador público sólo podría ocurrir de hecho en ambientes donde funcionasen muy bien los mecanismos de control, verticales y horizontales, efectuados por los órganos internos de auditoría y control, por las autoridades encargadas de la auditoría externa, por el Congreso, por el Poder Judicial, por la prensa y por el público. También, es evidente que el ambiente latinoamericano no presenta dichas características.

Tal constatación conduce a un último principio:

- Las reglas para licitaciones deben dejar lo mínimo posible de margen para el ejercicio de discrecionalidad de parte del administrador público.

Aquellos familiarizados con las licitaciones de los organismos multilaterales y otras organizaciones, observarán que entre estos ocho principios no hay una mención directa a los valores de igualdad, transparencia, responsabilidad del administrador, entre otros. Eso es intencional, y tiene una simple razón: esos valores, que son siempre presentados como “principios”, de hecho no lo son, correspondiendo, en verdad, a objetivos a ser alcanzados. Sin embargo, la aplicación de los ocho principios que dan la base para el presente mapa de riesgos supone la adhesión a aquellos valores.

VULNERABILIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El marco de evaluación utilizado en este informe es una adaptación y extensión del marco propuesto inicialmente por Transparencia Internacional.

Básicamente los marcos de vulnerabilidad corresponden al ámbito de las reglas o las prácticas relacionadas con las contrataciones públicas en Ecuador³. En estos dos ámbitos se concentran tanto los incentivos como las condiciones que hacen un sistema de contratación fuerte o débil frente a actos de corrupción. Adicionalmente, el entorno empresarial y la participación ciudadana son considerados importantes catalizadores de la acción pública.

Importante señalar que la evaluación de cada uno de los marcos es una aproximación subjetiva en la mayoría de los casos, basada en la información disponible y en el consenso de los distintos diagnósticos ya realizados. En este sentido, la importancia de la revisión apunta mas bien a identificar si estamos frente a un factor importante de vulnerabilidad o no, mas allá de una evaluación exacta de la situación en Ecuador. El objetivo final de este levantamiento será recomendar posteriormente acciones de fortalecimiento.

³ Ley de Contratación Pública, Art. 4; “Procedimientos comunes.- Para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, se observarán los procedimientos de conformidad con la cuantía del correspondiente presupuesto referencial:

- a) Licitación: si la cuantía supera el el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
- b) Concurso Público de Ofertas: Si la cuantía no excede del valor al que se refiere el literal anterior pero supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 previsto en el literal b) por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujetará a los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, pero para celebrar los contratos respectivos se observarán las normas reglamentarias pertinentes que para el efecto dictará cada uno de los organismos contratantes.”

El monto que resulta de multiplicar el coeficiente establecido en la Ley con el presupuesto del año 2001, es el de US\$ 104.000.

MARCOS DE RIESGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

A continuación consta el análisis que se recogió en el Taller relacionado con Mapas de Riesgo que se implementó en la ciudad de Quito.

Marco 1: Existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.

Situación en Ecuador:

MARCO 1:	Existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.
SI	NO
✓	
10	0

Las reglas de contratación pública que aplican todos los órganos públicos de un país deberían ser uniformes sin importar la entidad que los aplica ni el monto de la licitación. Si los distintos órganos del Estado siguen reglas diferentes, así como las empresas del Estado, u otros entes similares, un oferente para poder participar eficientemente deberá conocer y dominar todas esas normas simultáneamente. Lo mismo se aplica a las organizaciones de la sociedad para seguir su evolución.

Del punto de vista económico, reglas diferentes constituyen barreras al acceso, favoreciendo la monopolización de los procesos por determinados grupos, perjudicando así a la eficiencia económica.

Esto se evidencia en los procesos de contratación pública en Ecuador, especialmente en cuanto a los contratos de montos menores a US\$ 104.000, los cuáles por Ley pueden optar por el mecanismo de su elección para realizar procesos de contratación.

Ese es el caso también de los procesos sujetos a regulaciones especiales como las del Banco Mundial, el BID, la CAF y otras entidades multilaterales y bilaterales, que se aplican en un porcentaje importante de los contratos en el Ecuador.

Por ello, podemos identificar como factor de vulnerabilidad la existencia de una multiplicidad de reglas diferentes imperando en el mismo mercado.

Marco 2: Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites.

Situación en Ecuador:

MARCO 2:	Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas vía excepciones al procedimiento general de licitación, y falta de claridad en lo que hace a sus límites.
SI	NO
✓	
10	0

2.a Exceso de libertad en la realización de contrataciones directas y falta de claridad en lo que hace a sus límites.

Como se señaló anteriormente, dentro de los principios que deberían regular la contratación pública, se establece la necesidad de que todas las compras o encomiendas del Estado estén sometidas a un proceso de concurso público, con contadas excepciones. Dichas excepciones son a veces necesarias como, por ejemplo, cuando ocurren catástrofes naturales, para salvaguardar la seguridad del Estado, y casos semejantes.

En el Ecuador las normas simplemente dan una descripción general respecto de esos casos y asumen la forma de una especificación exhaustiva de las circunstancias en las cuales se puede prescindir del concurso público, las cuales no están suficientemente sustentadas. Además, no se establecen procedimientos básicos a seguirse por parte de la institución contratante para transparentar el proceso de contratación directa, permitiendo discrecionalidad por parte del funcionario público.

La Ley de Contratación Pública del Ecuador menciona la necesidad de fundamentar mediante informe escrito a Contraloría y Procuraduría la idoneidad del oferente seleccionado para una contratación directa, dentro de parámetros legales, técnicos y económicos; sin embargo, en ningún momento se obliga a fundamentar su capacidad comparativa frente a otros posibles oferentes dentro de un proceso de contratación, excluyéndose así el principio de competencia para maximizar el beneficio público.

2.b Exceso de libertad en la realización de contrataciones de emergencia vía excepciones al procedimiento general de contrataciones y falta de claridad en los que hace a sus límites.

En el caso particular de las situaciones de emergencia, es preciso delinear muy bien las condiciones en que ocurrirán las contrataciones directas, para evitar que se perpetúen situaciones claramente dirigidas al beneficio de alguna empresa.

Es importante el control de las circunstancias que producen la situación de emergencia, que no se sitúan en el ámbito inmediato de las reglas de contratación, sino que las anteceden: el retrasar deliberadamente la toma de una decisión administrativa puede causar una situación de emergencia artificial, que después se “resuelve” con una contratación directa.

Otro aspecto de este riesgo es que aún cuando se presentan situaciones reales de emergencia o cuando se está por debajo de los límites que justifican una contratación directa, es común que no esté definido ningún mecanismo para establecer a los posibles invitados a ofertar, que sea medianamente transparente, por ejemplo en la elaboración de una lista corta. Es importante entonces que se regule la “selección” de estos proponentes en casos de contratación de emergencia, ya sea mediante precontratación, rifas de inscritos en las bases de datos de oferentes, o por otro mecanismo similar. Esto evita un claro escenario de tráfico de influencias y propensión al soborno.

Efectivamente en el Ecuador, existen situaciones en las que por ejemplo una municipalidad vive una situación perenne de estado de emergencia que le permite realizar todas sus contrataciones en forma directa. Otras normas, como la Ley de Consultoría, permiten que mediante Decreto Ejecutivo el Presidente de la República autorice una contratación directa, sin establecer parámetros muy claros, que abren la posibilidad de una gran discrecionalidad y por ende el riesgo del abuso.

Marco 3: Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas de las respectivas licitaciones.

Situación en Ecuador:

MARCO 3:	Definición a puertas cerradas de proyectos de gran magnitud y de las reglas de las respectivas licitaciones.
SI	NO

✓	
9	1

Cualquier licitación de envergadura hecha por el Estado debiera ser ampliamente debatida. El público tiene derecho a opinar sobre la relevancia o no de dicha encomienda, sobre su motivo y sobre las condiciones en que se hace.

En el Ecuador estos preceptos en general no se han cumplido en la ejecución de éste tipo de obras. Generalmente, cuando el Estado asume la ejecución de una obra de envergadura que resulta de alguna manera controversial no adopta la posición de lograr consenso con la ciudadanía, sino que define a la obra como de interés nacional o como resultado de una política de Estado y simplemente la ejecuta.

A veces en éste tipo de obras se conjuga además el marco No. 2, pues se hacen por un proceso de contratación directa. Este fue el caso del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP), que siguió un proceso como el descrito.

En el Ecuador, la legislación no contempla un mecanismo de discusiones públicas, vía Internet o Audiencias Públicas presenciales, en las que cualquier interesado tenga la oportunidad de presentar sus objeciones o contribuciones, que debiera ser hecho obligatorio por ley, para todo proceso de contratación que afecte a sumas superiores a un dado valor, o que por sus impactos o beneficios suscite el interés de la ciudadanía en general.

Marco 4: Falta de estudios previos o de deficiente calidad y sesgo cuando se realizan.

Situación en Ecuador:

MARCO 4:	Falta de estudios previos o deficiente calidad y sesgo cuando se realizan.
SI	NO
✓	
9	1

Existen dos riesgos: (i) que los estudios previos de estructuración del proyecto (técnicos, de mercado, jurídicos, etc.) se hagan con la intención de favorecer a alguien, o (ii) que no exista la capacidad técnica suficiente

en la institución y los estudios resulten ser de mala calidad induciendo a la falta de claridad en los documentos de licitación. Por lo anterior es importante que los estudios previos sean de público conocimiento y puedan ser revisados y objetados previa la apertura del proceso de contratación.

La contratación pública no puede estar sujeta a la casuística o la oportunidad; debe responder a planes de largo alcance, con sustentación estructurada, en base a planificación y estudio técnico. Además existen riesgos derivados de la falta de planificación o el bajo nivel de los estudios realizados.

De hecho en el Ecuador los estudios previos son tratados casi como una mera formalidad y no existe en la legislación una forma de establecer responsabilidades en contra de los consultores, en una forma clara y eficiente, si sus recomendaciones no han sido de una buena calidad técnica.

En el Ecuador, los presupuestos de las entidades públicas son anuales y los recursos que no se hayan contratado hasta el 31 de diciembre regresan a las arcas del Ministerio Finanzas. Por este motivo, es frecuente que en los últimos meses del año las entidades contraten todo lo que pueden, generando un alto riesgo de corrupción derivado de la necesidad de disponer con rapidez de estos recursos, incluso fraccionando los contratos, lo cual es en contra de la Ley, pero que es difícil de detectar.

Marco 5: Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.

Situación en Ecuador:

MARCO 5:	Falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio.
SI	NO
✓	
9	1

Los procesos de contratación pública, con excepción de aquellos que se hacen por monto menor a % 0,00002 del presupuesto general del Estado, en teoría deben ser publicitados ampliamente, para garantizar el máximo posible de participación y consecuentemente elevar la eficiencia económica del proceso.

Sin embargo es necesario definir que significa ampliamente publicitado. Por ejemplo, en el Ecuador cualquier proceso de contratación debe ser publicitado mediante un anuncio publicado por tres ocasiones consecutivas en cualquiera de los medios de comunicación de mayor circulación del lugar donde se hará la obra. Sin embargo, de hecho la interpretación sobre cual es el medio de mayor circulación queda a la discreción de la entidad que contrata la publicación, por lo que muchas veces se publica en periódicos de mínima circulación, impidiendo que los posible competidores se enteren.

En la práctica los anuncios aparecen en múltiples periódicos de diversa circulación. Un medio efectivo medio de concentrar la información para su fácil acceso es a través de Gacetas de Contratación, que en el Ecuador no existen.

Como consecuencia, no existe un medio oficial por el cual en el Ecuador se puedan encontrar o consultar en un solo sitio todos los procesos de contratación que se están dando en el país. Existe una sola iniciativa privada en internet denominada LICITENET.com, ejecutada por CLD, pero que no cubre los contratos de menos del % 0,00002 del presupuesto general del Estado.

En el Ecuador las contrataciones de menos de US\$ 104.000 no están obligadas por la Ley a publicarse en los diarios de mayor circulación. Tomando en consideración que una forma de encauzar una licitación es anunciarla solamente a algunas empresas “cercanas”, dejando a otras fuera del proceso. La falta de obligatoriedad de anuncio público y amplio es un punto importante de vulnerabilidad en el Ecuador.

Marco 6: Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.

Situación en Ecuador:

MARCO 6:	Falta de tiempo para que todos los potenciales licitantes puedan prepararse.
SI	NO
✓	
7	3

Como regla general, los plazos deben ser suficientemente largos para garantizar que todos los interesados tendrán tiempo de preparar sus propuestas para participar en un proceso de contratación pública. Un mecanismo muy conocido para posibilitar la corrupción consiste en anunciar un proceso y determinar un plazo muy escaso para la presentación de propuestas, permitiendo que únicamente empresas que tenían acceso a información reservada participen. La falta de tiempo para que todos los licitantes en potencial puedan prepararse, junto con el acceso indebido a información reservada son una barrera al libre acceso.

Esta práctica se evidencia mayoritariamente en licitaciones de bajos montos que no crean interés por parte de la sociedad civil. La ausencia del control social, acompañada de una normativa que permite la adaptación de procesos a la voluntad política, son elementos fundamentales de este marco.

En el Ecuador, en opinión de CLD los plazos cortos no son el principal problemas, aunque el 70% de los encuestados identificaron éste como un riesgo. Sería necesario hacer un pequeño estudio de casos y determinar si esto efectivamente es una práctica común en el Ecuador.

Por otro lado, en el Ecuador en promedio los procesos de contratación toman más tiempo que en muchos de los países latinoamericanos, creando otros problemas, como incremento en los costos, malestar social ante la ineficiencia del Estado, dificultad para que la sociedad civil monitoree estos procesos, pago de altas comisiones financieras por créditos externos concedidos y no utilizados, y otros similares.

Marco 7: Falta de garantías al derecho de contradicción.

Situación en Ecuador:

MARCO 7:	Falta de garantías al derecho de contradicción.
SI	NO
✓	
10	0

Las reglas para licitación deben garantizar al máximo el derecho de impugnación, sea por la vía administrativa o judicial, para aquellos interesados que se sientan perjudicados frente a cualquier decisión de la Administración. La falta de garantías al derecho a la impugnación es incompatible con un Estado de Derecho. Sin embargo, hay quienes argumentan que el asegurar el derecho de impugnación permite utilizarlo

de mala fé, simplemente con el objetivo de causar retrasos a algún proyecto, o incluso hacerlo inviable. Sin embargo, todo sistema jurídico incluye, de una forma u otra, sanciones contra la litigación de mala fé. Por lo tanto, esa posibilidad no debe ser invocada para impedir el derecho a protestar.

Algunos opinan, que en el Ecuador existen suficientes vías para impugnar el proceso de contratación, sin embargo tanto la vía administrativa como la judicial, por la cantidad de casos que se presentan, en la mayoría de las ocasiones no permiten una resolución expedita de las quejas y por tanto niegan la justicia.

Adicionalmente, en el proyecto de Ley en el cual ha estado trabajando CLD con la Comisión de Gestión Pública del Congreso Nacional, se ha reconocido que un aspecto adicional de transparencia, significa la creación de dos figuras jurídicas, una de "oposición" y otra de "impugnación"⁴ especialmente dirigidas a los procesos de contratación pública. En efecto, dichos recursos no sólo que funcionarían como medios de defensa de los interesados, sino también -y esto es común a todos los recursos administrativos- como mecanismos que permitan controlar la corrección de los actos de la autoridad. Su existencia y posibilidad de interposición por la misma parte afectada, prevendrían, además, la comisión de actos ilícitos.

Es general puede decirse que los procesos de impugnación en éste tema están severamente limitados en el Ecuador.

Marco 8: Procesos de decisión en licitaciones que asignan "Puntuación" a la calidad de lo ofertado.

Situación en Ecuador:

MARCO 8:	Procesos de decisión en licitaciones que asignan "Puntuación" a la calidad de lo ofertado.
-----------------	--

⁴ Texto propuesto: Se crea el recurso de oposición para los documentos precontractuales. Previa la compra de los documentos precontractuales o una vez que ésta se ha efectuado por el interesado, en el caso de que se estime que el contenido de dichos documentos limite o afecte los intereses institucionales o de la persona natural o jurídica interesada en el proceso, podrá interponer ante la máxima autoridad de la entidad, en primera instancia, este recurso, solicitando la reforma de los documentos precontractuales en la parte correspondiente.....

Texto propuesto: Créase el recurso de impugnación para la etapa de calificación del sobre único y para la adjudicación. Este recurso será interpuesto únicamente por el proponente que estime afectados sus intereses y en primera instancia lo interpondrá ante la máxima autoridad de la entidad, adjuntando una garantía del 0,25% del valor de su propuesta, garantía con las condiciones de las exigidas en esta Ley.....

SI	NO
✓	
6	4

El Marco 8 define la problemática de la discrecionalidad en los procesos de selección y adjudicación. Un claro riesgo de corrupción surge al definir parámetros y sus respectivas ponderaciones en las ofertas técnicas, ya que en el ámbito de las ponderaciones se puede direccionar los pesos relativos para favorecer a oferentes específicos.

Al final en el proceso debería primar la propuesta financiera y no la calificación técnica. Se deberían establecer, por ejemplo, mediante Comités Técnicos regulaciones mínimas, preferentemente discutidas públicamente, a las que estarán sujetos los oferentes para la calificación de sus ofertas. Todos los interesados en concursar deberían simplemente cumplir con los requerimientos para ser o no aprobados, sin una calificación que resulte en un ranking de oferentes, basado en valores ponderativos. Al final solo debería primar el precio como factor decisivo.

Esta ciertamente no es la situación en el Ecuador. La calificación de los oferentes y sus propuestas en los procesos de contratación en el país ponen enorme peso a la calificación muchas veces subjetiva de la capacidad de la empresa para competir y de la calidad de su propuesta técnica. En la mayoría de los casos se recurre a fórmulas matemáticas complicadas para asignar una determinada calificación, que combina oferta técnica y financiera.

Mediante el diseño del sistema de calificación de la experiencia de una empresa se crean innumerables barreras de entrada y en muchas ocasiones se direccionan los procesos. Se utiliza además este proceso para descalificar a competidores basándose en criterios de pura forma y no de fondo.

Llama la atención el que el 40% de los encuestados pensara que éste no es un problema en el Ecuador. Esto se comprende en el contexto de que se encuentra muy enraizada la práctica de dar valor a la "experiencia", de dar peso a características específicas de la propuesta y hay una resistencia natural a basarse primordialmente en el precio.

Marco 9: La responsabilidad sobre autorizaciones, diseño y evaluación en los procesos de licitación recae en una persona o pocas personas, sin una adecuada supervisión.

Situación en Ecuador:

MARCO 9:	La responsabilidad sobre autorizaciones, diseño y evaluación en los procesos de licitación recae en una persona o pocas personas, sin una adecuada supervisión.
SI	NO
✓	
5	5

Otro riesgo es la posibilidad de que la responsabilidad por el diseño de un proceso de contratación pública o bien la evaluación de las propuestas recaiga en una sola persona o grupo de personas, sin contar con adecuada supervisión. Es importante establecer que las evaluaciones deben ser revisadas por comités o grupos plurales de personas que deban sustentar técnicamente sus criterios a la hora de calificar las ofertas de una licitación.

Sin embargo, el contar con un Comité no basta. Existen muchos casos conocidos en el Ecuador en los que, quienes conformaban el Comité no tenían suficientes conocimientos técnicos para calificar adecuadamente las ofertas. Por ello, hay poner énfasis en las características que deben tener quienes conforman un Comité y su complementariedad. Así mismo, deben regirse por el principio de que cualquier decisión en el sector público, debe estar suficientemente fundamentada.

Un matiz importante que se debe tener en cuenta dentro de este marco es que, la multiplicidad de posibles Comités de Selección en una misma institución, no debe interferir con la unidad de criterio que debe mantener la misma como contratante. Por ejemplo, cuando en la fase en la que reciben preguntas u observaciones de los oferentes a las bases, las respuestas a preguntas iguales en diferentes procesos o en el mismo, no deben ser contradictorias o distintas, manteniendo así la unidad de criterio y sin crear incertidumbre a futuro.

En el Taller realizado en Quito, los participantes expresaron diferentes opiniones sobre este marco, siendo el único que no se considera mayoritariamente como una vulnerabilidad. Los participantes que no lo

consideraron como tal, en su totalidad funcionarios públicos, argumentaron que la legislación ecuatoriana, la cual se centra en la formación de Comisiones Técnicas, era suficientemente clara y efectiva al respecto

Marco 10: Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.

Situación en Ecuador:

MARCO 10:	Existencia de condiciones restrictivas para la precalificación de la empresa.
SI	NO
✓	
8	2

En un proceso de contratación pública, el Estado siente que debe tener seguridad respecto a la solidez de las empresas licitantes. Por ello, normalmente establece exigencias relativas a la experiencia de la empresa o a su solvencia económica o financiera, así requiere muchas veces que la empresa tenga un número determinado de años de experiencia, un cierto capital social, un bajo nivel de endeudamiento, una situación regular respecto de sus obligaciones fiscales y laborales, experiencia en contratos con el mismo objeto, etc.

Sin embargo, un esquema muy conocido de corrupción consiste en definir condiciones restrictivas para la precalificación de las empresas, mas allá de las requeridas para garantizar la probidad y capacidad de la empresa oferente. Exigiendo ciertas condiciones muy específicas de capital, endeudamiento, presencia física, entre otros, se puede “cerrar” el abanico de opciones hasta dejar sólo unas pocas firmas. La forma de evitarlo es establecer por ley, los límites de tales exigencias, que por su lado no deben alejarse demasiado de las prácticas comunes del sector privado.

En el Ecuador la regla es la de establecer condiciones restrictivas para la precalificación de las empresas, lo que incrementa enormemente las posibilidades de corrupción, sumado al hecho de que las bases son de acceso restringido porque se venden por montos considerables. Es muy difícil detectar la manipulación de las bases, cuando estas no pueden ser fácilmente revisadas por personas o empresas que no quieren competir, o incluso por posibles competidores que no disponen de capital para comprar las bases, con el único propósito de decidir si quieren competir o no.

Este es definitivamente un problema significativo en el Ecuador.

Marcos 11 y 12⁵: Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos o empleo de determinados profesionales.

Situación en Ecuador:

MARCOS 11 y 12:	Amplia discrecionalidad para imponer a las empresas competidoras requisitos de experiencia previa, determinados equipos o empleo de determinados profesionales.
SI	NO
✓	
7	3

Una de las áreas de mayor controversia en el Ecuador, es la relacionada con los requisitos que deben exigirse a las empresas competidoras. Muchos consideran que estas exigencias son naturales y que su establecimiento debe dejarse a la decisión de la entidad contratante y sus técnicos.

Otros, por el contrario, consideran que este tipo de exigencias facilitan las posibilidades de corrupción.

En la práctica el establecer requisitos tiene como consecuencia el direccionamiento premeditado o no del proceso hacia ciertos oferentes. Pero siempre con el resultado de excluir a posibles competidores por razones que no siempre están debidamente justificadas. Por ejemplo, que diferencia fundamental puede haber entre una empresa que haya tenido 10 años de experiencia con una que haya tenido 15.

En muchos países que han seguido procesos importantes de transparentación de sus sistemas de contratación pública, se sostiene que no existe razón de limitar la participación en base a experiencia, el contar con equipos o maquinaria especiales o tener profesionales de planta, ya que cualquiera de ellos puede ser contratado para casos específicos.

⁵ Dentro de los Marcos o Puntos propuestos por TILAC para el desarrollo del Mapa de Riesgos en la Contratación Pública, los asistentes al Taller en Quito unificaron, para la discusión pertinente, los Marcos 11 y 12 así como el 16 y el 18. Es por ello que esos resultados de dichos marcos se presentan conjuntamente.

Se puede, para asegurar la veracidad de las propuestas, pedir certificados que demuestren la capacidad de contar con los profesionales o equipos necesarios. El pedir a los oferentes que mantengan permanentemente estos elementos, posibilita participar únicamente a compañías grandes de gran capacidad económica y concentra los procesos de contratación en un porcentaje muy pequeño de compañías.

Marco 13: Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas.

Situación en Ecuador:

MARCO 13:	Posibilidad de cambio de reglas del juego durante la etapa de preparación de propuestas y en su ejecución.
SI	NO
✓	
8	2

El cambio de reglas del juego que afecten las posibilidades de participación durante la etapa de preparación de propuestas es un riesgo. En ciertos países, las entidades licitantes pueden modificar los términos de la licitación después de que se ha iniciado el proceso y hasta la fecha de entrega de las ofertas. Existe el riesgo de que se tome la decisión de cambiar algo cerca de la fecha de cierre y que los proponentes no tengan tiempo de ajustarse al nuevo requerimiento, excepto aquellos que puedan acceder de alguna manera a esa información. Esto se presta para tráfico de información privilegiada, permitiéndole a un proponente prepararse para cumplir con el requisito mencionado por sobre el resto de participantes, lesionando la competitividad y el beneficio económico para el Estado.

Se aduce que es necesario tener flexibilidad para cambios en la etapa de formulación de propuestas, para adaptar las condicionantes a observaciones por parte de los oferentes. En los casos en que esta práctica se permita, por lo menos debe haber la seguridad de que todos los participantes conocen las preguntas formuladas por los otros y las respuestas dadas a todas esas interrogantes. Por otro lado, debería haber medios para impugnar preguntas que podrían ser utilizadas para promover

cambios en las bases que beneficien a uno o más de los competidores, en detrimento de los otros.

El medio más idóneo para eliminar este problema, es la apertura, indiscriminada de la bases, para todos los interesados, en una Audiencia(s) Pública(s) antes de su publicación; esto sumado a la imposibilidad de hacer preguntas o modificaciones a las bases, una vez publicadas.

En el Ecuador éste es un problema consagrado en la legislación.

Marco 14: Exigencia de garantías no razonables.

Situación en Ecuador:

MARCO 14:	Exigencia de garantías no razonables.
SI	NO
✓	
9	1

En general, los contratos realizados por el Estado deben estar protegidos con garantías financieras, depositadas en el momento de presentar la oferta o de firmar el contrato. La exigencia de garantías no razonables es una modalidad tradicional para restringir la participación de competidores.

Dentro de éste problema se considera que el pedir que se depositen garantías con anterioridad a la adjudicación, constituye una forma de eliminar la posibilidad equitativa de competir. Sin embargo, el Estado puede querer tener la certeza de que durante el concurso o una vez cumplido el proceso de adjudicación los oferentes cumplan con lo ofertado.

Para cualquier modalidad de garantía contemplada en la Ley para la fase de concurso se podrían presentar certificaciones legítimas de que los oferentes tienen un buen historial de crédito y por tanto se les podrían otorgar las garantías que necesiten. Solo al momento de la adjudicación se debería realizar la entrega efectiva de las garantías. De no hacerlo el principal oferente, simplemente se asignaría la adjudicación del contrato al segundo mejor postor y así sucesivamente.

En el Ecuador, este tema constituye una importante barrera de entrada.

Marco 15: Inexistencia de sanciones para los oferentes, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.

Situación en Ecuador:

MARCO 15:	Inexistencia de sanciones para los oferentes, o la existencia de sanciones inadecuadas en vista de los perjuicios causados al interés público.
SI	NO
✓	
10	0

En la mayoría de los casos de corrupción en las licitaciones, participan tanto funcionarios públicos como empresas. La corrupción es inevitablemente un producto tanto de quien ofrece como de quien recibe. Todas las exigencias que se le imponen a las instituciones públicas deben tener como contrapartida una serie de medidas para sancionar los casos de faltas por parte de los oferentes.

El adjudicatario de un contrato puede incumplir parámetros ofertados o incluso abandonar la obra, si no existen penalidades efectivas.

Además, deben existir procedimiento expeditos para sancionar al infractor, permitiendo por supuesto el derecho de defensa.

Un avance adicional significativo en la prevención y sanción de esta vulnerabilidad consiste en la creación de listas negras de oferentes.

Toda compañía que incumpliere sus contratos con el Estado, será incluida en una lista negra, a través de los procesos establecidos por los organismos de control.

En Ecuador los oferentes deben presentar garantías tanto de fiel cumplimiento de la oferta, como de buen uso del anticipo. Existe un procedimiento administrativo para imponen la sanción mediante el cobro de la garantía, y existen vías administrativas y judiciales a las que puede recurrir el oferente para defenderse.

Sin embargo, a veces las garantías no son de la calidad más idónea y los procedimientos administrativos son muy lentos, lo cual le acarrea pérdidas económicas al Estado.

Marcos 16 y 18: Falta de información sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.

Situación en Ecuador:

MARCO 16 y 18:	Falta de informaciones sobre la ejecución de contratos o posibilidad de mantener en secreto aspectos de una licitación pública.
SI	NO
✓	
10	0

La ejecución del contrato es un aspecto clave en una licitación. En consecuencia, es importante establecer mecanismos que proporcionen capacidad de seguimiento por parte de la sociedad civil y los agentes de control estatales.

Además, todos los mecanismos y documentos relacionados a un proceso de contratación pública tienen que estar totalmente abiertos al público, preferentemente a través de Internet. Por ejemplo, los informes de inspección deben estar disponibles al escrutinio de cualquier interesado. No hay justificación para mantener en secreto cualquier aspecto de una contratación pública, a menos que sea por razones de seguridad nacional.

De hecho el Estado debería estar obligado a crear y mantener mecanismos para permitir que los ciudadanos estén debidamente enterados de los procesos de contratación en todas sus fases y en éste caso en particular, en ejecución y sus avances.

Actualmente, el Ecuador está empeñado en implementar una Agenda Nacional de Conectividad, que contempla entre sus áreas prioritarias un sistema de información en línea sobre contratación pública, en el que participen todas las entidades del Estado.

Los comentarios hechos al marco 5 son también relevantes a éste.

Marco 17: Exceso de libertad en interpretación de decisiones.

Situación en Ecuador:

MARCO 17:	Exceso de libertad en interpretación de decisiones.
SI	NO
✓	
9	1

Este marco se alimenta de la existencia de una gran cantidad de normas legales, muchas veces vagas y contradictorias. Esto permite que los funcionarios públicos puedan tomar decisiones altamente discrecionales y aplicar las mismas normas de diferente manera en casos similares. Esta situación crea posibilidades de corrupción.

Por otro lado, cuando se producen fallos judiciales sobre disputas relacionadas con contratación pública, se corre el mismo riesgo al existir fundamento legal para posiciones contrapuestas. Aunque con la existencia de una Corte Suprema de Casación, ese riesgo a lo largo de los años se irá disminuyendo gracias a la jurisprudencia obligatoria que produce la Corte.

Actualmente, el problema de la cantidad indiscriminada de leyes es reconocido por todos los sectores, pero hay enfrentar el problema de fondo: la forma de aprobación de las leyes. Actualmente, en el Ecuador el Congreso Nacional puede aprobar leyes que por virtud de una fórmula legal que se agrega a todas ellas, puede reformar o derogar en forma tácita todo aquello que se le oponga. Consecuentemente, la interpretación de cuáles normas han sido derogadas o reformadas queda a discreción de quien las aplica. Más aún, existe una categorización de leyes denominadas especiales, que prevalecen sobre otras más generales, en la materia específica que regulan. Sin embargo a veces el problema que se enfrenta cubre más de un tema, y una vez más la discrecionalidad impera.

Frente a éste problema, existen una serie de organizaciones que están trabajando para tratar de resolverlo, entre ellas la Cámara de Comercio de Quito.

Marco 19: Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.

Situación en Ecuador:

MARCO 19:	Implementación de cambios en los términos contractuales sin suficiente justificación.
SI	NO
✓	
9	1

Los términos contractuales deben estar claramente estructurados en las bases y el modelo de contrato debe ser parte de las mismas.

Si un cambio en el texto del contrato se realiza en forma posterior a la publicación de Bases y a la apertura del proceso, debería referirse únicamente a materia procedimental o a elementos que no causen variaciones considerables al marco establecido, y siempre previa notificación y aprobación de los involucrados.

A éste marco se aplican todas las observaciones relacionadas con el marco No. 13.

Marco 20: Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.

Situación en Ecuador:

MARCO 20:	Inexistencia de reglamentación para establecer precios y calidades.
SI	NO
✓	
10	0

La mejor manera para evaluar si el Estado está adquiriendo artículos o servicios que satisfagan el interés público es por medio del seguimiento de los precios pagados y su comparación. Por eso, idealmente se debiera

exigir a los órganos públicos que mantuviesen bancos de datos, constantemente actualizados y de acceso al público por la Internet sobre la calidad y los costos de los servicios y productos adquiridos.

Dichos bancos de datos debieran estar interconectados en línea, para permitir comparaciones directas entre los precios ofertados y contratados por diferentes órganos. Así mismo, sería importante contar con acceso a bases de datos de precios internacionales.

Igualmente, es importante mantener información sobre documentos, evaluaciones y resultados de las licitaciones de las distintas instituciones, con el objeto de establecer mejores prácticas y poder realizar comparaciones que apoyen las decisiones en materia de licitaciones. En el Ecuador no se cuenta con estos servicios.

Marco 21: Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los contratistas del Estado.

Situación en Ecuador:

MARCO 21:	Inexistencia de reglas referentes a los pagos debidos a los contratistas del Estado
SI	NO
✓	
10	0

Todo pago debido a los suministradores estatales debe estar regulado con manuales específicos de procedimiento y además las faltas a los mismos, tipificadas en reglamentaciones administrativas. De no existir el control adecuado, se fomenta la posibilidad de exigir o dar coimas por parte de los contratistas para agilizar pagos pendientes. El principio rector debe ser siempre el pago por orden cronológico.

También se puede establecer sistemas por los cuales la banca privada ejecuta los pagos por orden de la entidad contratante, lo que evita las posibilidades de retrasar la entrega de cheques u otra forma de pagos, con el objeto de presionar por el pago de coimas.

En el Ecuador éste es un aspecto que afecta comúnmente a los procesos de contratación.

Marco 22: Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.

Situación en Ecuador:

MARCO 22:	Falta de ordenamiento en las disputas entre contratistas y entidades públicas.
SI	NO
✓	
8	2

Las disputas entre contratistas y el Estado, así como las que se desarrollan entre oferentes, regularmente no se resuelven satisfactoriamente por la vía administrativa y terminan regularmente en procesos judiciales. Procesos que resultan largos y tortuosos, y lo que es más grave, con altas posibilidades de corrupción, debido a la debilidad institucional del sistema de justicia.

Las implicaciones y costos que generan suponen enfrentar un proceso judicial empuja a los involucrados a intentar expedir las resoluciones mediante pagos indebidos, o si es del caso, retrasar sentencias en beneficio particular. Además, debemos tomar en cuenta el perjuicio a la sociedad por la carencia o retraso en la prestación del servicio u obra contratado.

El crear medios de impugnación administrativa de las decisiones que sean más eficaces y eficientes aportaría celeridad a estos casos. Por otro lado, la inclusión de cláusulas para acogerse a los métodos alternativos de resolución de conflictos, a los que voluntariamente se adhieran las partes, permitiría eludir el ámbito judicial, que en el caso de Latinoamérica es una vulnerabilidad omnipresente.

Marco 23: Falta de mecanismos de control social sobre los procesos de contratación.

Situación en Ecuador:

MARCO 23:	Falta de mecanismos de control social
------------------	---------------------------------------

	sobre los procesos de contratación.
SI	NO
✓	
10	0

Un aspecto fundamental en el sistema de licitaciones de un país es la atención con que dicho proceso es seguido por la sociedad y las posibilidades de que ésta lo haga. Poco valen reglas bien trazadas si falta una conciencia crítica permanente para vigilar su correcta aplicación.

La participación de los ciudadanos es particularmente importante en las situaciones en que las reglas para licitación son deficientes. En tal caso, la vigilancia de la sociedad civil organizada debe obligar a las autoridades a adoptar prácticas más transparentes, incluso si no constan en las leyes. Transparencia Internacional ha adoptado un mecanismo específico para ello a través de los "Pactos de Integridad". Dichos pactos están centrados en un compromiso públicamente asumido por administradores y empresas de no tomar parte en prácticas deshonestas, comprometiéndose a una serie de medidas que buscan transparentar los procesos.

Los medios de comunicación juegan un rol central en el control de los actos de corrupción, cuando sus acciones responden a una independencia bien informada, que no sea sujeto de influencia ni manipulación.

El acceso a información es un elemento fundamental para ejercer el control ciudadano. Existe mucha deficiencia en el Ecuador en éste ámbito y por ello constituye un elemento de vulnerabilidad para la contratación pública.

LÍNEAS DE ACCIÓN

Las líneas de acción indicadas a continuación han sido sugeridas por Transparencia Internacional como áreas susceptibles de ser impulsadas para colaborar en el fortalecimiento de los sistemas nacionales de contratación pública. CLD ha identificado posibles actividades o acciones que se están desarrollando o se pueden desarrollar en el futuro. Las columnas de la derecha indican: 1) si la línea de acción es factible en el país en cuestión; 2) si ya existen iniciativas concretas del capítulo en la línea.

Línea de acción	<i>Es factible en el Ecuador</i>	<i>Existen Iniciativas de CLD</i>
<i>Marco legal</i>		
Estudio sistemático de ley(es) y reglamentos, para verificar sus vulnerabilidades.		✓
Redacción de nuevo proyecto de ley de licitaciones y obtención de colaboradores.		✓
Proposición de enmiendas a la ley y obtención de colaboradores.		✓
<i>Monitoreo e información</i>		
Observatorio de licitaciones (por organismo, por sector), para determinar si las normas legales están siendo obedecidas.	✓	
Observatorio de procesos judiciales, para determinar si las sentencias judiciales sobre licitaciones son dictaminadas en obediencia a los principios de la ley.		✓
Bancos de datos sobre anuncios de licitaciones, para garantizar mayor participación de interesados.		✓
Bancos de datos sobre precios unitarios practicados en licitaciones, para permitir comparaciones entre organismos, históricos y con precios practicados internacionalmente.	✓	
<i>Licitaciones electrónicas</i>		
Promoción para su introducción.		✓
<i>Participación</i>		
Promoción de audiencias públicas para discutirse la justificación de proyectos y/o las condiciones definidas en las licitaciones.		✓

Implementación de pactos de integridad.		✓
---	--	---

ACCIONES ESPECÍFICAS

Estudio sistemático de ley(es) y reglamentos, para verificar sus vulnerabilidades: CLD cuenta con un estudio comparativo, realizado en 1999, de la actual Ley de Contratación Pública y de todas las propuestas que se habían presentado al legislativo para su reforma en los últimos años.

Redacción de nuevo proyecto de ley de licitaciones y obtención de colaboradores: en esta línea de acción se presentó un proyecto al Congreso Nacional, pero por divergencias entre los diferentes grupos de interés, el Congreso se limitó a una reforma muy específica a la Ley vigente y archivó el proyecto a pesar del cabildeo realizado en el legislativo para su aprobación.

Proposición de enmiendas a la ley y obtención de colaboradores: Se creó un grupo de expertos para analizar reformas específicas a la Ley de Contratación Pública y se preparó un documento justificativo y un articulado. Ver Anexo (I). El proceso de discusión en el Congreso continuará en los próximos meses.

Observatorio de licitaciones (por organismo, por sector), para determinar si las normas legales están siendo obedecidas: la capacidad de realizar observatorios en el Ecuador es limitada, por diversos factores como la falta de acceso a información pública o la limitación de recursos disponibles para ejecutar éste tipo de acciones. Existe un primer programa de monitoreo que será implementado en el presente año por CLD en el contexto de un estudio sobre acceso a información pública sobre procesos de contratación.

Observatorio de procesos judiciales, para determinar si las sentencias judiciales sobre licitaciones son dictaminadas en obediencia a los principios de la ley: como parte del estudio de Corrupción en la Función Judicial que ejecutó CLD y que se denomina "Estudio Empírico sobre las Condicionantes Institucionales para la Transparencia en la Justicia en Ecuador", se analizó específicamente una muestra de casos relacionados con contratos públicos y se confirmó la existencia de discrecionalidad sustantiva y procesal en esos casos. Sería interesante y útil desarrollar un estudio específicamente dirigido a los casos de contratación pública.

Bancos de datos sobre anuncios de licitaciones, para garantizar mayor participación de interesados: en 2001 CLD creó Licitenet.com conjuntamente con Gente por el Cambio y Ecuador Positivo. Este sitio web recoge de los medios impresos a nivel nacional y en forma diaria, la información de sobre los procesos de contratación pública a nivel nacional. Mediante convenios específicos con entidades seccionales estamos gestionando la inclusión de todos los procesos de menor cuantía, que no se publican obligatoriamente en los medios.

Bancos de datos sobre precios unitarios practicados en licitaciones, para permitir comparaciones entre organismos, históricos y con precios practicados internacionalmente: basándose en la estructura utilizada por Licitenet.com, junto con aliados estratégicos, se piensa impulsar la creación de un Registro Único de Precios y un Registro Único de Proveedores.

Promoción para la introducción de licitaciones electrónicas: actualmente se realizan gestiones con el Gobierno Nacional, la Corporación Nacional de Concejos Provinciales del Ecuador, y la Asociación de Municipalidades del Ecuador para promover el interés de los entes estatales por la promoción y control electrónico de contrataciones públicas. Se está analizando la posibilidad de firmar un convenio en éste sentido con el Consejo Nacional de Conectividad.

Promoción de audiencias públicas para discutirse la justificación de proyectos y/o las condiciones definidas en las licitaciones: la factibilidad de esta línea de acción está ligada al éxito del proceso pionero en el Ecuador, en materia de Pactos de Integridad en concesiones de telecomunicaciones, que CLD está negociando con el CONATEL.

Implementación de pactos de integridad: si se fomenta el interés y la apertura por parte de los entes estatales, tras la presentación de los beneficios y ventajas de ésta herramienta como medio de aislar un proceso específico de contratación y como medio de impulsar la discusión de los problemas estructurales del sistema de contratación para promover su reforma, dentro de unas semanas se iniciará el primer ejercicio con el CONATEL para las bandas y sub-bandas de frecuencia para prestar servicios de Wireless Local Loop.

CONCLUSIONES

Ecuador es vulnerable en todos los Marcos presentados, en diferente medida. La percepción de los actores locales presenta una imagen desalentadora de la situación de la Contratación Pública en el país, que coincide con la percepción internacional en la que se basa el Índice de Percepción de la Corrupción de TI. Recordemos que el Ecuador se colocó en los últimos sitios del mencionado índice los últimos dos años.

Del análisis de las condicionantes podemos definir que existe un problema sistémico reflejado por la presencia de los marcos de vulnerabilidad mencionados. La estructuración general del sistema de contratación pública es ineficiente, dejando espacios que son permeables a la corrupción.

Para lograr un cambio el primer paso es reformar la actual Ley de Contratación Pública. El estudio sistemático realizado por CLD demuestra sus falencias. Se está buscando generar voluntad política, mediante reuniones y negociaciones, sobre la importancia de las reformas. Este Taller sobre Mapas de Riesgos sirvió de oportunidad para poner en evidencia y evaluar las falencias del sistema vigente y para reiniciar los contactos con la Comisión de Gestión Pública del Congreso Nacional, encargada de promover la aprobación de las reformas a la Ley.

Una de las conclusiones interesantes fue la que se refiere a la necesidad de homogenizar al menos en términos de lineamientos mínimos generales los procesos de contratación por debajo de los US\$ 104.000 , en los cuales hay una gran posibilidad de corrupción, ya que estos se realizan sin mayor control. El fomentar prácticas comunes permitirá ejercer control social, apoyado por instrumentos prácticos tales como LICITENET.com.

En ese sentido, el proceso del Taller sirvió para confirmar en gran medida, la validez de las propuestas que CLD ha venido desarrollando en cuanto a la necesidad de impulsar reformas legales sobre este tema. Estos puntos constan en el Anexo I y en su gran mayoría son coincidentes con éste mapa de riesgos.

Un elemento indispensable para el éxito en éste esfuerzo, será la participación de la sociedad civil. Es un paradigma en la función pública y en la sociedad civil, la creencia de que el secretismo que rodea a los procesos de contratación pública y la supuesta reserva que sobre su ejecución se debe mantener, es justificada. Hay que cambiar este paradigma e impulsar que los ciudadanos se involucren en el monitoreo integral de procesos de contratación pública y en la efectiva y eficiente ejecución de los mismos.

Los datos que CLD comienza a obtener a través del sistema LICITENET.com servirán en los próximos meses para sustentar los hallazgos de éste mapa de riesgos e impulsar en forma más efectiva y fundamentada las acciones específicas aquí propuestas y descritas.

ANEXO I

CONTRATACION PUBLICA CRITERIOS PARA LA FORMULACION DE REFORMAS A LA LEY

INTRODUCCION

Luego de casi diez años de vigencia, la Ley de Contratación Pública, que derogó a la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, ha demostrado una particular problemática en su aplicación. No se trata de únicamente de inconvenientes de orden técnico, procedimental o económico; sino también de deficiencias en el control y prevención de la corrupción.

Tal problemática inspiró muchos proyectos de reforma, entre los cuales se cuenta el presentado por la H. Diputada Susana González de Vega, que se encuentra actualmente en conocimiento de la Comisión de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social del Congreso Nacional.

La necesidad de modificaciones integrales y profundas en la Ley de Contratación Pública, motivó a un grupo de profesionales multidisciplinarios, bajo coordinación de CLD, a recoger y analizar criterios y experiencias, con el fin de formular una propuesta que se inspire en principios claves como son la eficiencia, la eficacia, la publicidad, la competencia, la transparencia y la participación ciudadana.

Los resultados de tal estudio y análisis, se recogen en éste documento.

1. Asignación de funciones para la Creación de un Organo Rector del Sistema de Contratación

Comentario: En el momento actual no existe un organismo rector del sistema de contratación pública y se hace indispensable su existencia con el carácter de permanente para dar atención a la administración del mismo.

Objetivo: Asignar funciones a una entidad pública de la estructura actual del Estado, para que ejerza las funciones de Organo Rector del Sistema de Contratación Pública, para lo cual se señalan sus macrofunciones:

- a) Emitir, en función de la Ley de Contratación Pública y de su Reglamento, normas complementarias, documentos precontractuales modelo para cada modalidad de contratación, instructivos didácticos para la implantación, formación de líderes de capacitación y seguimiento de la contratación, incluyendo la contratación de consultorías;
- b) Vigilar el funcionamiento adecuado de los sistemas de contratación, en cuanto no se superponga con el control externo que le compete a la Contraloría General del Estado;

c) Compatibilizar las normas nacionales con las normas que resulten de Convenios Internacionales (En el Mercado Andino, por ejemplo); así como con las normas de Organismos Bilaterales y Multilaterales de Crédito;

d) Administrar el Boletín Oficial de Contrataciones (BOC), medio de publicidad escrito; así como la Página WEB de Contrataciones (PWC), medio de publicidad electrónico, cuyos objetivos principales serán:

1) Otorgar la mayor publicidad posible tanto de los programas anuales de contratación de todas las entidades del sector público, en materia de obras, bienes, servicios y consultorías, así como de las convocatorias específicas para cada proceso;

2) Publicar semestralmente el registro de proveedores, contratistas y consultores, inscritos, clasificados y categorizados en el Registro Unico,

3) Registrar y publicar los resultados de los procesos de contratación, indicando las adjudicaciones, objeto de la contratación, adjudicatarios y montos de los contratos;

4) Registrar y publicar los resultados de los recursos de "oposición" e "impugnación" que pudieren presentarse en los procesos de contratación.

e) Sancionar con la inhabilitación a las personas naturales o jurídicas que incumplan con los procesos o con los contratos o que estuviesen involucradas en delitos de fraude y corrupción;

f) Asesorar técnicamente a las entidades del sector publico, sobre procesos de contratación pública, incluyendo los de consultoría;

g) Revisar y actualizar periódicamente las normas de contratación, de acuerdo a la experiencia de funcionamiento o cuando las circunstancias del país así lo exijan;

h) Informar a la Contraloría General del Estado, cuando el sistema de información de la contratación publica, detecte desviaciones, posibles errores o vicios;

i) Coordinar con las entidades publicas, principalmente con la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado, respecto de los instructivos que prepare y la capacitación para la formación de líderes sobre la materia;

j) Llevar el Registro Unico de Proveedores, Contratistas de obras, servicios y Consultoría, de conformidad con las normas que se establezcan en el Reglamento de esta Ley; así como extender el Certificado de Solvencia que reemplaza al Sobre 1 de la actual Ley;

k) Atender en segunda y ultima instancia, los recursos de "oposición" e "impugnación", luego del trámite administrativo interno en las propias entidades del sector publico, para lo cual debe conformarse un tribunal que conozca dichos recursos.

Su estructura debe ser mínima. Los trabajos de desarrollo, cambios, o redacción de nuevas normas complementarias, vigilancia de funcionamiento del sistema, podrán ser contratados.

La administración del Boletín Oficial de Contrataciones y Página WEB, serán contratados con Gremios Profesionales, Cámaras o empresas especializadas de publicidad, cumpliendo el objetivo de autofinanciamiento.

Las ventajas de esta propuesta son múltiples:

a) Existirá un Organismo Oficial Rector del Sistema, en el cual se concentrarán funciones que permitirán una mejor implantación y manejo de las normas.

b) La creación del Registro Único de Proveedores, Contratistas y Consultores, permitirá una calificación, clasificación y categorización, de forma imparcial, sin que los interesados estén vinculados a proceso alguno de contratación. Esta calificación se la hace a voluntad y en el momento que lo consideren más oportuno los interesados, inclusive en cualquier momento pueden solicitar una nueva categorización, según el respaldo técnico y financiero que lo tienen que demostrar.

c) El certificado de solvencia que nace del registro único, permite una gran economía para los proponentes porque ahora tienen que preparar similares documentos para cada calificación; además se produce un gran ahorro de tiempo en los procesos de contratación, porque se reemplaza el sobre 1 por el indicado "certificado de solvencia".

d) Los nuevos sistemas de publicidad que se indican, procuran un ahorro importante para las entidades públicas, porque se disminuirían las publicaciones por medios de prensa de circulación nacional, como se indica más adelante; además se cumpliría con una demanda adicional de transparencia.

e) Un aspecto adicional de transparencia, significa la creación de las dos figuras jurídicas de "oposición" e "impugnación". En efecto, dichos recursos no sólo que funcionan como medios de defensa de los interesados, sino también -y esto es común a todos los recursos administrativos- como mecanismos que permiten controlar la corrección de los actos de la autoridad. Su existencia y posibilidad de interposición por la misma parte afectada, previene, además, la comisión de actos ilícitos.

f) La vigilancia del sistema de contratación y su seguimiento, adiciona un control fácil y que no se confunde con la facultad que continúa teniendo la Contraloría General del Estado, sus metodologías son diferentes y la del Organismo Rector apoya con importante información a los fines del control de la Contraloría.

g) No existe incremento de burocracia, ésta sobra en las entidades públicas, lo único que se necesita es capacitar en las habilidades de la contratación a un grupo de no más de 6 personas que podrían conformar la administración del Organismo Rector

2. Modificación del Comité de Contrataciones.

Comentario: La coparticipación de múltiples funcionarios en los Comités de Contrataciones, Comisiones Técnicas y unidades administrativas de las entidades públicas, permiten que se diluya la responsabilidad en la contratación pública. Se hace indispensable concentrar dicha responsabilidad en pocas personas, con nombres y apellidos para cada proceso y con las evidencias suficientes de su participación.

Objetivo: Delegar y definir, por parte de las máximas autoridades de las entidades públicas, la responsabilidad concentrada en funcionarios perfectamente identificados para cada proceso, con el fin de que puedan responder por los actos en los que participan, evitando que se diluya dicha responsabilidad.

Nueva modalidad:

La máxima autoridad de la entidad, al mismo tiempo que aprueba el inicio del proceso de contratación, designa una Comisión, conformada por lo menos con tres o máximo cinco funcionarios, quienes serán encargados de la evaluación de las ofertas y del informe con la recomendación de adjudicación. Además, designar una autoridad en línea de la entidad, del segundo o máximo tercer nivel después de su función, a quien le otorga la facultad de la supervisión del proceso hasta la adjudicación.

La razón fundamental de que la máxima autoridad realice obligatoriamente esta delegación, tiene el fin de preservar su independencia con el objeto de que en primera instancia, pueda atender los recursos de "oposición" e "impugnación" que se crean conforme a lo detallado en punto específico más adelante.

En este caso la Autoridad Delegada (AD), al recibir el informe de la Comisión de Evaluación (CE) o puede llamarse Junta de Contrataciones (JC), puede recoger la recomendación de adjudicación del informe por lo cual los miembros de la Comisión o Junta pasan a ser corresponsables.

En caso de que la AD no esté, de acuerdo con el informe y la recomendación de adjudicación, puede rechazar el informe por escrito, dejando constancia de los desacuerdos y otorgando un plazo de tres días hábiles para que la CE (JC), se ratifique o cambie de criterio. La AD puede solicitar una auditoría o apoyo de funcionarios de la misma entidad o externos a ella, incluso del sector privado, con el objeto de asegurarse de la imparcialidad o certeza del proceso, previa adjudicación.

En el caso de que la AD decida adjudicar a una persona, natural o jurídica, diferente a la recomendada por la CE (JC), se hace único responsable del acto y sentará por escrito los justificativos absolutos que le llevaron a tal decisión.

Con esta propuesta, aparte de la concentración de la responsabilidad, se lograría mayor agilidad de los procesos, necesaria por la introducción de conceptos de transparencia que podrían constituir una mayor demora en los procesos.

3. Publicidad.

Comentario: La publicidad de las convocatorias para procesos de contratación actuales, resulta onerosa para las entidades del sector público, las mismas que para solventar tales costos, se exceden en la valoración para venta de los documentos precontractuales.

Objetivo: Modificar los sistemas de publicidad, crear medios adicionales para mayor conocimiento público en orden a lograr transparencia en los procesos y economía en los fines.

Propuesta:

Disminuir a una sola publicación en medios de prensa nacional y siempre en día domingo, la convocatoria a licitación; y crear, bajo administración del Órgano Rector:

El Boletín (Gaceta) Oficial de Contrataciones. Medio escrito en el cual deben las entidades públicas, obligatoriamente publicar:

a.1. El plan anual de contrataciones, dentro de los treinta días calendario, luego de que se haya aprobado el presupuesto de cada entidad, o a falta de esta aprobación, dentro de los treinta días después de la fecha en que se haya puesto en vigencia el presupuesto del período anterior;

a.2. Los elementos de juicio principales de todo proceso de contratación (convocatorias), sea cual fuere la modalidad;

a.3. Los resultados de los recursos de "oposición" e "impugnación" que se presenten y resuelvan en los procesos de contratación.

La página WEB. Medio electrónico, diseñado para cumplir similares objetivos que el Boletín Oficial de Contrataciones, pero con información más reducida o apropiada a los fines de estos sistemas.

Publicar obligatoriamente, en los medios anteriores, los planes de contratación trimestralmente, una vez que se hayan efectuado los ajustes del plan anual.

4. Cuantías y modalidades de contratación.

Comentario: Las modalidades de contratación en la ley vigente, fundamentalmente aquellas que tienen que ver con cuantías menores, no han dado muestras de transparencia, haciéndose indispensable que todo proceso deba tener alguna publicidad y permitir la participación más amplia de interesados.

Objetivo: Procurar el mayor cumplimiento de los principios de participación y competencia en la contratación, estableciendo cuantías y modalidades más acordes con la realidad nacional.

Propuesta:

La propuesta de la Procuraduría General del Estado, contenida en el oficio No. 02965, dirigida al Dr. Ramiro Rivera, en su calidad de Presidente de la Comisión de Gestión Pública y Universalización de la Seguridad Social del H. Congreso Nacional, es muy certera, con alguna modificación en el monto:

Todo aquello que supere los dos mil salarios mínimos vitales (SMV) debe regirse por la modalidad de licitación pública; lo que se encuentre sobre los mil SMV y sea menor a los dos mil SMV debe constituirse en modalidad concurso de precios; y lo que sea menor a mil SMV, puede ser contratación directa, con la diferenciación en los siguientes aspectos:

Publicidad:

LICITACION PUBLICA: Una sola publicación en dos periódicos de mayor circulación en el país, siempre en día domingo (esto da la oportunidad a los interesados, para que un solo día a la semana compren los diarios de mayor circulación); además la publicidad en el Boletín Oficial de Contrataciones y en la Página WEB.

Plazo para presentación de propuestas no menor a 20 días calendario, el plazo máximo lo establecerá cada entidad, dependiendo de la complejidad y volumen del proyecto, adquisición o consultoría.

CONCURSO DE PRECIOS: Publicación solamente en el Boletín Oficial de Contrataciones y en la Página WEB. (Puede adicionarse una sola publicación en un diario local donde se ubica la entidad licitante).

Plazo para presentación de propuestas no menor a 12 días calendario, el plazo máximo lo establecerá cada entidad, dependiendo del volumen y condiciones de la contratación.

CONTRATACION DIRECTA: Invitación directa a personas naturales o jurídicas calificadas en el Registro Unico. Siempre con publicidad en el Boletín Oficial de Contrataciones y Página WEB; de haber más interesados que aquellos invitados, la entidad está obligada a recibir y evaluar las propuestas.

Plazo para presentación de propuestas no menor a 10 días calendario, el plazo máximo lo establecerá cada entidad, de acuerdo a la complejidad que pudiere presentarse en la formulación de la propuesta económica.

Documentos:

Sobre único, el sobre 1 actual es reemplazado por el "certificado de solvencia" emitido por el Organismo Rector que lleva el Registro Unico de Proveedores, Contratistas y Consultores, además de la garantía de seriedad de propuesta y la propuesta económica, con los documentos adicionales que exijan los documentos precontractuales que de ninguna manera serán aquellos referidos al actual sobre 1.

Cuando la contratación sea directa, no se podrá adjudicar un nuevo contrato al mismo contratista, utilizando similar procedimiento.

En el caso de arrendamiento mercantil con opción de compra, se considerará como cuantía el precio de mercado de los bienes objeto del arrendamiento, a la fecha de inicio del proceso contractual.

5. Leyes especiales y exoneraciones.

Comentario: Las leyes especiales y exoneraciones a procedimientos comunes, han proliferado en el sector público ecuatoriano, distorsionando los objetivos de la contratación pública y de la transparencia que exige la ciudadanía.

Objetivo: Eliminar todas las leyes especiales y exoneraciones, exigiendo que todas las entidades del sector público, se rijan por iguales procedimientos, manteniendo solamente las excepciones por los conceptos de emergencia resultado de fuerza mayor o caso fortuito.

Propuesta:

No obstante lo anterior, dada la realidad, fundamentalmente de empresas del Estado como TAME o PETROECUADOR, por ejemplo, que a veces requieren la adquisición urgente de bienes (y solamente para bienes), podría establecerse la figura de la "PRECONTRATACION"; es decir que estarían autorizadas tales entidades para, en función de sus planes de reposición, mantenimiento o emergencias, a realizar procesos anticipados de contratación, rigiéndose por las mismas normas de la Ley y a celebrar contratos que se van cumpliendo en el momento en que se hace efectiva la adquisición de los bienes indispensables para el cumplimiento de sus objetivos.

Sobre el mismo tema, los contratos celebrados por organismos del régimen seccional autónomo y de desarrollo regional, con financiamiento de organismos internacionales de crédito o de gobiernos extranjeros, para el estudio y construcción de obras de infraestructura, deberían someterse a los mismos procedimientos generales y comunes de la ley.

6. Precio referencial.

Comentario: El presupuesto referencial ha guiado de una manera negativa a los proponentes, quienes por la gran demanda de trabajo han tratado de sujetarse a dicho presupuesto, rompiendo de alguna forma el principio de competencia. El proponente disminuye la importancia del análisis de precios unitarios, lo que más le interesa es contratar, sin meditar si lo está haciendo bien o mal. La falta de capacidad técnica de la mayoría de entidades públicas, hace que el presupuesto referencial no constituya un elemento importante de comparación de propuestas y más bien ha conducido a errores en la contratación.

Objetivo: Permitir que la contratación cumpla con los principios de competencia, dejando que cada oferente determine sus propios precios unitarios y refleje su absoluta realidad en la oferta económica.

Propuesta:

En vista de que la entidad pública debe definir un presupuesto referencial para determinar la cuantía y modalidad de contratación, que tal presupuesto valga solamente para ello, sin que sea reservado ni secreto, pero tampoco publicado en los documentos precontractuales. Tampoco podrá ser utilizado en la comparación de ofertas.

7. Plazos máximos para los procesos.

Comentario: Los procesos de contratación normalmente sufren demora por los actos internos en las entidades públicas y luego por los informes de ley de Contraloría y Procuraduría.

Objetivo: Brindar mayor agilidad a los procesos de contratación, más aun con la introducción de los recursos de oposición e impugnación que pueden retrasar las acciones de contratación, procurando concentrar la responsabilidad en los funcionarios de las propias entidades licitantes.

Propuesta:

Señalar límites máximos (60 días calendario, por ejemplo, con posibilidad de una sola prórroga por período igual, con razones plenamente justificadas, descontando el tiempo que puedan durar los recursos de oposición e impugnación), para todo el proceso de contratación, desde su inicio hasta la suscripción del contrato, estableciendo drásticas sanciones administrativas o de tipo civil por el incumplimiento. También puede obligarse a la suspensión de los procesos que superen dichos plazos máximos y a la reiniciación de las licitaciones.

Adicionalmente, deben eliminarse los informes de Ley de la Contraloría General del Estado y mantenerse los que le compete a la Procuraduría General del Estado. En cuanto a la Contraloría, significa solamente respetar lo que manda la Constitución vigente, en la que se concibe las funciones de dicho organismo como de control externo posterior; emitir informes son actos de control previo.

8. Registro Unico de Proveedores, Contratistas y Consultores.

Comentario: La presentación de ofertas, tal como lo estipula la Ley de Contrataciones vigente; es decir la presentación de dos sobres, con documentos certificados y otros requisitos específicos, ha significado molestia, demora y costo para los oferentes, sin un justificativo pleno

Objetivo: Agilizar los procedimientos de contratación, haciéndolos más fáciles para oferentes y licitantes, procurando mayor economía en la preparación de propuestas que redundar en mayor economía de obras, bienes y servicios.

Propuesta:

Contemplar en la nueva ley dos etapas:

Etapa 1: Permitir la presentación de documentos iguales a los estipulados en la ley vigente, pero no certificados, exceptuando aquellos que se los considera obligatorios (garantía, certificado de la Contraloría, etc.). Solamente al adjudicatario se le exigirá que previa firma del contrato los entregue certificados.

Esta alternativa deberá mantenerse por un máximo de seis meses desde la publicación de la Ley y hasta que se implante el Registro Único y la asignación de funciones para el Órgano Rector de la Contratación.

Etapa 2: Presentación de propuestas en sobre único, siendo reemplazado el sobre 1 por un "Certificado de Solvencia", emitido por la entidad que tenga a cargo el Registro Único de Proveedores, Contratistas y Consultores.

Por ser un sistema nuevo para el país, bien vale la pena que señalemos algunas de las ventajas más importantes:

La calificación se la hace de una manera imparcial, sin que el interesado esté vinculado a ningún proceso licitatorio;

Se lograría la calificación, clasificación y categorización de las empresas, la misma que puede alcanzarse a pedido del interesado y para una licitación específica, con la demostración de sus capacidades. Esto evita la aparición de firmas fantasmas y permite una redistribución mayor del trabajo, fundamentalmente para firmas nuevas o personas naturales que inician con una capacidad económica, técnica y experiencia reducida.

La calificación debe contemplar obligatoriamente, calificación a la experiencia y no a la antigüedad; en este sentido siempre tendrá mayor calificación la experiencia de los expertos de las firmas y no las firmas, la experiencia de ellas es un concepto abstracto. La experiencia de las firmas debe ser mínimo frente a la experiencia de los profesionales expertos (tanto en ejecución de obras como en consultoría).

Los documentos precontractuales, contemplarán siempre la posibilidad de demostración de experiencia igual al tema que se trata de contratar, así como la relacionada con el mismo, sin que sus puntajes lleven excesiva diferencia, sobre todo en los casos evidentes sobre los cuales el país intenta contratar por primera vez.

9. Evaluación de propuestas.

Comentario: Múltiples han sido los sistemas que en otros países y en este mismo, en diferentes épocas se han aplicado para la evaluación de las propuestas "simple promedio", "doble promedio", rechazo por porcentajes en más o menos del promedio; utilización del "presupuesto óptimo" (40% del presupuesto referencial + 60% del presupuesto promedio de los proponentes), etc. etc., todos los sistemas llevan a la subjetividad y permiten el arreglo o colusión.

Objetivo: Implantar el sistema del simple "cumple o no cumple", pero eso sí obligando a una evaluación razonable de la propuesta económica, procurando el menor contenido de subjetividad.

Propuesta:

Utilizar para la adjudicación de propuestas, manteniendo el concepto de la ley actual, haciendo énfasis que el simple "cumple o no cumple", no es satisfactorio si no se hace una evaluación. Para dar certeza a dicha evaluación, en los documentos precontractuales modelo se establecerá una serie de formularios que exigirán a los evaluadores de las propuestas llenarlos, lo cual hará que la evaluación se cumpla.

10. Audiencia Pública de Información. Pactos de Integridad. Recursos de Oposición e Impugnación.

Comentario: La ley vigente no contempla varios conceptos nuevos de transparencia y anticorrupción. Las nuevas legislaciones en Latinoamérica y las normas de Organismos Multilaterales de Crédito, están previendo nuevos conceptos sobre la materia que hace falta que éstos sean recogidos.

Objetivo: Incorporar conceptos de transparencia que tienden a que la administración responda ante la ciudadanía por los actos que cumplen institucionalmente.

Propuesta:

1. Incorporar en la Ley las figuras de las Audiencias Públicas y los Pactos de Integridad, como mecanismos adicionales de control y prevención de la corrupción.

Las Audiencias Públicas son instancias consultivas e informativas, a las que convoca la Autoridad en forma previa a la aprobación de las especificaciones generales y técnicas y de los principios de valoración de ofertas; y en las cuales puede participar libremente la ciudadanía y la sociedad civil, previo cumplimiento de requisitos de orden exclusivamente. Las Audiencias no son vinculantes: los criterios, opiniones, observaciones y comentarios vertidos en el no obligan a la Autoridad, pero ésta debe justificar su decisión de adoptarlos o no.

En la Audiencia Pública, los participantes pueden informarse de los antecedentes, circunstancias y necesidades que motivan la contratación, así como de los principios y criterios de valoración de ofertas. Se permite, así, el control ciudadano de las contrataciones, mediante la publicidad de los elementos antedichos. Además, las Audiencias promueven el cumplimiento de los derechos establecidos en los Arts. 84 Num. 5 y 88 de la Constitución de la República.

Los Pactos de Integridad son compromisos que suscriben, por una parte, el Estado o cualquier entidad pública contratante, y, por otra, las personas naturales o jurídicas participantes en los procesos de contratación, con el fin de garantizar la transparencia de dichos procesos y evitar la comisión de actos ilícitos, tanto en la fase precontractual, en la de adjudicación o en la de ejecución de los contratos.

Por la suscripción del Pacto de Integridad, todos los funcionarios, empleados, agentes y demás personal vinculado, directa o indirectamente con los participantes, quedan

obligados al cumplimiento estricto de sus cláusulas. De no hacerlo, se impondrán sanciones especiales para los transgresores, como pueden ser la destitución del cargo, en caso de funcionarios públicos; o a la pérdida del derecho de participar en futuras contrataciones, para el caso de particulares.

A través del Pacto, los interesados pueden controlar y vigilar activamente las actuaciones de la Autoridad, y las de sus coparticipantes en los procesos de contratación.

2. Crear la figura jurídica de "Oposición", para la etapa de conocimiento de los documentos precontractuales, una vez que éstos han sido adquiridos. Es decir que los interesados que compraron los documentos, tienen el recurso para oponerse en el caso de que éstos puedan estar afectando los intereses de ciertas personas naturales o jurídicas. Este recurso puede ser interpuesto en primera instancia ante la máxima autoridad de la entidad y en segunda instancia, ante el Organismo Rector. En el caso de ser interpuesto por Gremios de Profesionales o por Cámaras, no requerirán de una garantía para su presentación; caso contrario la requerirán, por monto a establecerse, indispensable para evitar el abuso del recurso.

3. Crear la figura jurídica de "Impugnación", para las etapas de calificación de los proponentes y para la etapa de adjudicación del contrato, con similares peculiaridades que las descritas en el punto 2.

La primera instancia debe ser interpuesta y resuelta por la máxima autoridad de la entidad (de allí la obligatoriedad de la delegación del proceso hasta la adjudicación, con el fin de que la máxima autoridad tenga independencia de juzgar los actos de sus inferiores). La segunda y última instancia la puede tener el Organismo Rector de la Contratación, para lo cual se formará una comisión conformada así:

Dos funcionarios del Organismo Rector de la Contratación (uno de ellos la presidirá); un delegado de la Procuraduría General del Estado; un delegado del gremio de profesionales a fin al objeto de la contratación; y un delegado de la Cámara, a fin al objeto de la contratación. La resolución se tomará por mayoría absoluta de votos y el quórum será obligatorio de las cinco personas.

11. Participación de empresas extranjeras.

Con recursos nacionales solamente deben participar firmas nacionales. Se exceptúan los proyectos de gran envergadura, y si la entidad cree conveniente la asociación, en cuyo caso ésta debe ser obligatoria con firmas nacionales (construcción de obras y consultoría).

Para ciertos casos especiales, concesiones por ejemplo o prestación de ciertos servicios especializados, para los cuales no hay firmas expertas nacionales (limpieza y recolección de desechos sólidos y líquidos, por ejemplo), debe contemplarse la figura de la presentación de firmas nacionales, sin experiencia previa, pero con la participación de asesoría de firmas expertas extranjeras.

12. Conceptos de fraude y corrupción.

Hacer énfasis en las figuras contempladas por Organismos Internacionales (BID), recogiendo las definiciones de: soborno (cohecho), extorsión (coacción), fraude y colusión, tipificándolas como el Código Penal y estableciendo drásticas sanciones para quienes los cometen, sean personas del sector público o privado.

13. Reajuste de precios.

Alternativa 1. Eliminarlos, permitiendo la celebración de contratos en dólares con forma de pago en sucres a la fecha de pago; o en unidades de valor constante con forma de pago al valor de estas unidades a la fecha de pago; de igual manera se exigirán las garantías.

Alternativa 2. Que las fórmulas sean determinadas por las propias entidades publicas, éstas deberán constar en los documentos precontractuales y crear índices (no precios de materiales), no más allá de 15 a 20 índices, mediante canastas de materiales similares (determinados por el INEC)..

Alternativa 3. Que el Reglamento a la Ley contemple la definición de fórmulas tipo aplicables a todo tipo de obra o consultoría (no más allá de treinta fórmulas pueden cumplir con este objetivo), con aplicación del mismo sistema de índices definido en el numeral anterior, modificando el trabajo actual del INEC.

14. Recepción de bienes, obras o consultorías.

Modificar los conceptos: en obras, recepción provisional y definitiva, plazos entre 90 días y no más de 180 días calendario, dependiendo de los proyectos, es posible definirlos claramente en la Reglamentación a la Ley.

En bienes, solamente una recepción, dejando un período de tiempo de no más de 30 días calendario para pruebas y cumplimiento de funcionamiento, desde allí corre la garantía técnica.

En consultoría, similar a bienes, con período de 30 días calendario, desde la entrega de productos (informes y documentos), para revisión de la entidad.

En caso de que no haya pronunciamiento de la entidad o no se celebren las correspondientes actas, en fechas fijas, aplicar la figura del silencio administrativo, con definición de responsabilidades a los funcionarios públicos que han incumplido sus obligaciones.

15. Asesoría en la elaboración de documentos precontractuales.

Resolver sobre las alternativas de opcional u obligatorio la asesoría o contratación de expertos para la formulación de documentos precontractuales específicos, en entidades que no disponen de capacidad técnica para hacerlo, fundamentalmente en la determinación de precios y presupuesto referencial, determinación de plazos y especificaciones técnicas; así como en evaluación de propuestas.

16. Perfeccionamiento de contratos.

Debe revisarse la forma del perfeccionamiento y costos para la celebración y registro de contratos. Se estima conveniente que las Notarías cobren no por la cuantía sino por el real trabajo administrativo más una utilidad razonable. Es posible el establecimiento de costos por hoja de minuta; a la final todo incremento de costos en esta materia, significa un encarecimiento de las obras y servicios para el Estado.

17. Contratos complementarios.

Debe modificarse el concepto contenido en los artículos 103 (inciso segundo) y 105 de la ley vigente, eliminando el contenido del Art. 106, de tal manera que por cualesquiera de los conceptos allí estipulados, se señale un límite máximo para contratos complementarios en el orden de un 20% del valor del contrato original.

18. Controversias.

Debe obligarse la cláusula contractual para utilización de los procedimientos de mediación y arbitraje.

Aclararse jurídicamente la dispersión de criterios cuando las controversias tengan que ser conocidas por los Jueces, debería tratarse de que los jueces competentes de estas causas sean los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

19. Limitaciones a las contrataciones entre entidades publicas.

La ley debe clarificar con exactitud la falta de coherencia y respeto a la competencia, en los casos de contrataciones entre entidades publicas. Esto causa una competencia desleal y resta trabajo al sector privado.

Dos alternativas pueden ser analizadas al respecto

Alternativa 1.- Permitir que ciertas instituciones se califiquen y clasifiquen en el Registro Unico, aún eliminando para ellas ciertos requisitos que les resulta imposible cumplirlos (constitución de la empresa, por ejemplo), con el fin de que entren a competir directamente presentando propuesta en igualdad de condiciones. Creando un castigo porcentual sobre los costos, por utilización de equipo, mano de obra o materiales, sueldos u honorarios ya pagados por el sector público al cual se pertenecen.

Alternativa 2.- Crear la figura de "Expresiones de Interés", para caso de ejecución de obras investigación o consultoría, en el sentido de realizar una convocatoria pública, en la cual si hay respuesta de interés por parte del sector privado, las licitaciones se las hace solamente con su participación; en caso de no haber respuesta de interés del sector privado, puede intervenir el sector público e inclusive se puede llegar a la contratación directa.

Anexo II

AGENDA

Viernes 16:

8H30	Inscripción de participantes
9H00	Inauguración del evento y presentación de participantes <ul style="list-style-type: none">▪ Presentación de los objetivos del Taller▪ Definición de expectativas de los participantes
9H25	Presentación de los Resultados del Mapa de Riesgos en Contratación Pública para América Latina y análisis de conceptos básicos que serán analizados a lo largo del Taller, con la participación del experto brasilero Dr. Claudio Abramo.
10H10	Presentación de los riesgos previamente identificados en el sistema de contratación pública ecuatoriano, a cargo de CLD.
10H40	Refrigerio
11H00	Plenaria
13H00	Almuerzo
14H30	Continuación del Trabajo en la Plenaria
15H30	Sistematización de conclusiones
16H30	Cierre

ASISTENTES

<u>Persona</u>	<u>Institución</u>	<u>Cargo</u>
Dr. Fausto Ortíz	Comisión de Gestión Pública del Congreso Nacional	Asesor Jurídico
Dr. José Borja	Comisión de Gestión Pública del Congreso Nacional	Asesor Jurídico
Dr. Juan Carlos Calvache	Comisión de Gestión Pública del Congreso Nacional	Asesor Jurídico
Juan Carlos Fiallos	Consejo Nacional de Telecomunicaciones	Funcionario
Alfonso Abdo	Licitenet.com	Gerente
Arq. Fabián Melo	Corporación Ekotema	Director Ejecutivo
Bruce Horowitz	Paz y Horowitz abogados	Abogado Director
Guillermo Salazar	Corporación Nacional de Concejos Provinciales del Ecuador	Asesor Jurídico
Dr. Patricio Arrieta	Contraloría General del Estado	Asesor Jurídico
Dr. Michel Pineda	Ministerio de Bienestar Social	Asesor Jurídico
Dr. Claudio Abramo	Transparencia Internacional Brasil	Experto en Contratación Pública
Dra. Valeria Merino Dirani	CLD/Transparencia Internacional	Directora Ejecutiva
Andrés Tobar	CLD/Transparencia Internacional	Jefe de área - Transparencia

