

## TEORÍA GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 1.2.1. Principios de la Contratación Pública

#### ¿Qué es el Sistema Nacional de Contratación Pública?

A partir del 4 de agosto de 2008, las contrataciones que realiza el Estado se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ("LOSNCP"). Es un Sistema porque es un conjunto articulado y coordinado de elementos que coadyuvan a la gestión de la contratación pública. El Sistema está compuesto de los siguientes elementos:

- Principios
- Normas
- Herramientas informáticas (portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec))
- Procedimientos
- Marco Institucional

Todos los que participan, de uno u otro modo, en procesos de contratación pública, deben utilizar y aplicar estos elementos con un objetivo: que la contratación pública cumpla con sus fines de forma apegada a la Constitución y la Ley.

#### PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para la aplicación de la LOSNCP y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional. (Art. 4 LOSNCP)

**LEGALIDAD.-** Las entidades contratantes de manera obligatoria deben obedecer lo dispuesto en la LOSNCP, su Reglamento General, resoluciones del SERCOP y más normativa emitida por órganos competentes que regulan la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Los organismos públicos para una adecuada administración y control de los recursos deben asegurar la validez y transparencia de los procesos para evitar se incurra en vicios de procedimiento que ocasionan la nulidad de las diversas clases de contratación.

Las actuaciones en derecho público se encuentran sujetas irrestrictamente a las disposiciones legales, de ahí que el principio constitucional consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la república, dispone lo siguiente:

*"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerá solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley".*

**TRATO JUSTO E IGUALDAD.-** De gran relevancia en materia de contratación pública son los principios de trato justo e igualdad, los cuales exigen que debe darse el mismo trato a todos los oferentes de un procedimiento precontractual. Es decir, que no puede existir un trato preferente a un determinado proveedor, o en su defecto, que se de un trato discriminatorio a otro. Esto implica que todo ejecutor de obras, proveedor de bienes o prestador de servicios incluidos los de consultoría, deben tener acceso a contratar con el Estado en condiciones semejantes a las de los demás, por lo que está prohibido la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo excepciones previstas en la ley.

La igualdad exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades para la elaboración de sus ofertas. La entidad se abstendrá de incurrir en prácticas incorrectas que permitan que determinado oferente conozca con anterioridad a su publicación los Pliegos de determinado concurso o la omisión de notificaciones de alguno de los actos ocasionados dentro de los procesos de contratación.

El Reglamento General de la LOSNCP, al referirse a estos principios, determina en el inciso cuarto del Art. 20 que *“Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos”*.

Lo expuesto ha sido ratificado por el SERCOP en la Resolución del SERCOP No. 054-2011, de 12 de noviembre del 2011, mediante la cual se resuelve *“EXPEDIR NORMAS RELACIONADAS CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, TÉRMINOS DE REFERENCIA Y EL ESTABLECIMIENTO DE PLAZOS Y TÉRMINOS QUE FORMAN PARTE DE LOS PLIEGOS PARA LOS PROCEDIMEINTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”*, cuyo Art. 2 dispone *“Art. 2.- Sujeción a los principios que rige la contratación pública.- Las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos, se sujetarán a los principios que rigen la contratación pública, por lo tanto las entidades contratantes, **no podrán afectar el trato justo e igualitario** aplicable a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, a través de dichas especificaciones técnicas o términos de referencia. El resaltado nos corresponde.*

Si se analiza con detenimiento varias normas de la LOSNCP y su Reglamento General de aplicación, podremos encontrar muchos casos en los cuales se reconocen estos principios, como por ejemplo la posibilidad de la convalidación de errores de forma, en que obligatoriamente esta circunstancia debe ser notificada a todos los oferentes que participan en el proceso. Finalmente, recordemos que LOSNCP no permite el uso de *información privilegiada* pues ello atentaría notablemente a los principios de igualdad y trato justo. Tal es así que el Art. 63 de la LOSNCP, al referirse a las inhabilidades especiales para participar en un procedimiento precontractual y celebrar contratos con una entidad contratante, establece en sus numerales 2,3,4 y 5, prohibiciones para todas aquellas que hayan estado vinculadas con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos relacionados con el contrato a celebrarse, como es el caso, de los contratistas de los estudios, diseños y/o proyectos de ingeniería o arquitectura del objeto de la contratación; los miembros de las Comisiones Técnicas que evaluarán las ofertas; y, los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y con su acción pudieren resultar favorecidos o favorecieron a un proveedor en particular.

**CALIDAD.-** El Art. 288 de la Constitución de la República establece:

*“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social...”*

Este principio reconocido también en la norma constitucional transcrita, exige que la contratación pública cumpla con criterios de eficiencia y calidad, entre otros. Es decir, que las obras, bienes o servicios que se contraten, deben ser de calidad, pues los procedimientos precontractuales en última instancia buscan satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad pública. De ahí que los procedimientos establecidos en la LOSNCP buscan que las entidades contratantes seleccionen aquellas obras, bienes o servicios, que ofrezcan las mejores condiciones técnicas y económicas para la entidad, por ende, las más convenientes.

Por su parte, el Art. 20 del Reglamento General de la LOSNCP, al referirse al tema establece en si inciso tercero:

*“En la determinación de las condiciones de los pliegos, la Entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones”.*

**VIGENCIA TECNOLÓGICA.-** Este principio ha sido definido por el SERCOP como aquel que garantiza la utilización de bienes con tecnología de punta en condiciones de óptimo funcionamiento, a fin de mantener y profundizar la prestación de servicios públicos o efectivos y eficientes. La aplicación del principio se hace extensiva al arrendamiento de bienes y prestación de servicios, en las condiciones del Decreto Ejecutivo y Resoluciones del SERCOP que son aplicables a dicho principio.

Para referirnos a este principio es fundamental que nos remitamos al Decreto Ejecutivo No. 1515 del 15 de Mayo de 2013, mediante el cual se expiden las *“Disposiciones de contratación para la adquisición y arrendamiento de bienes y la prestación de servicios, relacionados con el cumplimiento del principio de vigencia tecnológica”*

**OPORTUNIDAD.-** Los procedimientos precontractuales deben ser oportunos, ágiles y rápidos, pues como se conoce, en última instancia, la entidad contratante, al contratar obras, bienes o servicios, busca directa o indirectamente satisfacer una necesidad pública.

Acorde el principio de vigencia tecnológica, los actuales procedimientos precontractuales, en razón del uso de portal de compras públicas, se han vuelto mucho más rápido y si se los compara con los que se encontraban regulados por la derogada *Codificación de la Ley de Contratación Pública*, podemos concluir que son tramitados en tiempos considerablemente menores que los antiguos procedimientos de dicha ley.

**CONCURRENCIA.-** La concurrencia reviste gran importancia en el sistema de contratación pública ecuatoriano: En un procedimiento precontractual debe contarse con el mayor número de oferentes posibles. Mientras más proveedores participen en un procedimiento precontractual, es mayor la posibilidad de encontrar ofertas convenientes para la entidad contratante; mientras que al reducirse el número de oferentes participantes, se limita la posibilidad de beneficios para la entidad contratante. Como ejemplo, podemos referirnos a la prohibición de establecer marcas o especificaciones técnicas de una determinada marca, en un procedimiento precontractual, pues ello ocasionaría que la contratación esté dirigida y que se afecte la posibilidad de participar de otros oferentes, por lo que en el caso de hacerlo, existiría un proveedor al cual está dirigida la contratación.

**TRANSPARENCIA.-** Como ya mencionamos, el Art. 288 de la Constitución de la República establece que la Contratación debe cumplir, entre otros criterios, con el de transparencia. La transparencia permite a la ciudadanía conocer de los procedimientos de contratación que llevan adelante las entidades contratantes, garantizando el debido control social en este aspecto fundamental de la actividad pública. A través de la información pública contenida en el portal de compras públicas administrado por el SERCOP, de libre acceso, se ha avanzado considerablemente en relación a la transparencia.

**PUBLICIDAD.-** Como sabemos todas las acciones que se desarrollan en un procedimiento precontractual, así como las de ejecución contractual, deben ser publicadas en el portal de compras públicas, con lo cual se garantiza a su vez el principio de transparencia.

La publicidad de la convocatoria es una consecuencia obligada del principio jurídico de libre concurrencia, De acuerdo con la LOSNCP, las entidades previstas en el Art. 1 tienen la obligación de publicar en el portal institucional entre otros, el procedimiento y contractual. La consecuencia de la publicidad, es que el mayor número de proveedores interesados al tener conocimiento del requerimiento de una entidad puede participar y así el Estado, puede tener mayor número de ofertas.

**PARTICIPACIÓN NACIONAL.-** En el Art. 25 de la LOSNCP, establece que los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad.

### **1.2.2. Rol en la economía de la Contratación Pública**

Con el paso de los años, las empresas y organismos públicos se han familiarizado con las compras públicas, llegando a ser la carrera de muchos servidores públicos que se han visto atraídos por los procedimientos de contratación y el estudio del complejo mundo de la Contratación Pública.

El SERCOP es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y de establecer las políticas y condiciones de la Contratación Pública a nivel nacional; ha enfocado su gestión sobre la base de los ejes de transparencia, calidad, eficiencia, eficacia y ahorro para el Estado, y garantiza el cumplimiento de sus principios, valores y política integrada de calidad y anti-soborno en los procesos de Contratación Pública.

En este sentido, el SERCOP define como política para la realización de procesos de contratación de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, la contratación con oferentes o proveedores que ofrezcan una mayor incorporación de componente nacional.

### **Micro y pequeñas empresas (MYPES)**

#### **Conceptualización**

La micro y pequeña empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios (Espinoza et al., 2020).

En el Ecuador, se llama MYPES al conjunto de pequeñas y microempresas, que, de acuerdo al número de trabajadores, volumen de ventas, tienen características similares en sus procesos de crecimiento. Según la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, se consideran Microempresas, a aquellas organizaciones que poseen entre 1 a 9 trabajadores o ingresos menores a \$100.000,00. Se consideran pequeñas empresas a aquellas entidades que tienen entre 10 a 49 trabajadores o ingresos entre \$100.001,00 y \$1'000.000,00 (Ferraro & Rojo, 2018).

#### **Relación de la micro y pequeñas empresas con el Estado**

Las micro y pequeñas empresas (MYPES) conforman un segmento importante de crecimiento económico para muchos países, ya que, aportan en producción, oferta y demanda de bienes y servicios, constituyendo un factor indispensable para el desarrollo económico (Terán, 2018). Según García et al. (2011) tienen una fuerte participación en el empleo generado y en el Producto Interno Bruto (PIB). Además, se concentran mayormente en las ramas económicas de comercio, manufactura y servicios.

Según el Informe Anual de las Micro y Pequeñas Empresas a nivel Mundial del Consejo Internacional para la pequeña empresa (2019), las MYPES representan gran parte del total de las empresas a nivel mundial y generan alrededor más del 50% del empleo mundial, además, son responsables de generar cerca del 50% del Producto Interno Bruto (PIB) global.

Por otro lado, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (2018) expresa que el ciclo de vida de las MYPES en América Latina es inferior al de otras 18 regiones, solamente el

45% de estas empresas logran sobrevivir más de dos años, frente al 80% que logran sobrevivir en Europa. Además, únicamente el 10% de MYPES latinoamericanas pueden exportar parte de su producción, en contraste con las europeas que poseen un 40% del total.

Debido a la importancia y cierto grado de fragilidad económica que posee las MYPES para varias naciones en América Latina, el Estado tiene la responsabilidad de fomentar la participación de este segmento de empresas.

Del mismo modo, la Contratación Pública hoy en día es uno de los motores de política pública, de gran utilidad para lograr el crecimiento económico, social, ambiental, estratégico, al promover la transformación socioeconómica de los países, sobre el gasto gubernamental, basados en la innovación y el emprendimiento de los sectores, en un empoderamiento a la inversión y al esfuerzo de las actividades por medio de un valor agregado a los bienes y servicios (Villegas, 2019).

En el Ecuador, las micro y pequeñas empresas, representan un valor agregado de importancia significativa en las participaciones del sistema económico nacional, donde a través de su tipificación en la Constitución del Ecuador de 2008, se vincula en el desarrollo de sectores que durante décadas han estado marginados, aportando un enfoque de economía social sobre el capital, y el aporte hacia la matriz productiva hacia el buen vivir (Villegas y Romero, 2016).

En síntesis, el desarrollo de la Contratación Pública busca generar un impacto positivo en la gestión de las MYPES del Ecuador, en sus objetivos estratégicos, en la innovación, el emprendimiento y la participación nacional, dando un aporte significativo hacia la sociedad, la academia, la economía, la innovación, el emprendimiento inclusivo y a la investigación científica.

### **Contratación Pública como dinamizador del sector productivo**

La Constitución en el artículo 304 establece como política comercial el “Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo” (Constitución, 2008, p.93). Por lo tanto, la Contratación Pública constituye un instrumento encaminado a la consecución de este objetivo al buscar democratizar los procesos de Contratación Pública.

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la Contratación Pública;
4. Convertir la Contratación Pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Modernizar los procesos de Contratación Pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;

En este marco, constituye una prioridad analizar si los procesos de Contratación Pública impulsados desde los gobiernos locales, contribuyen a dinamizar la producción al promover la contratación de micro, pequeñas y medianas empresas.

#### **1.2.3. Fines de la Contratación Pública**

- Proveer al Estado de bienes, servicios, obras y consultoría con la mejor combinación de calidad, precio y oportunidad,
- Promover la producción nacional e
- Incluir a la economía popular y solidaria y a micro, pequeñas y medianas unidades productivas como proveedores del Estado.
- Dinamizar la economía nacional aprovechando la capacidad de contratación del Estado.