

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

***APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBASTA INVERSA***

JOSÉ LUIS ARCOS ALDÁS

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la Universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

José Luis Arcos Aldás

9 de noviembre de 2010

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

***APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA SUBASTA INVERSA***

JOSÉ LUIS ARCOS ALDÁS

2010

Tutor: Dr. Genaro Eguiguren

Distrito Metropolitano de Quito

ABSTRACT

El objetivo central de este trabajo es analizar la relación existente entre los principios de la contratación pública y el procedimiento dinámico de la Subasta Inversa tipificada en la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el primer capítulo se desarrollan conceptualmente, y con un ligero análisis de su vinculación con la Subasta Inversa, a los principios de la contratación pública, para culminar refiriéndonos al contrato administrativo, que debe suscribirse al concluir con la adquisición de bienes o servicios. En el segundo capítulo nos adentramos ya a lo que es la Subasta Inversa como tal, explicando sus antecedentes, base legal, así como las ventajas y desventajas que encontramos al aplicar este procedimiento contractual; lo cual está directamente vinculado con lo que se analiza en el capítulo tercero en donde se estudian las clases de Subasta Inversa que prevé la nueva Ley de Contratación Pública.

Culminamos este trabajo, haciendo un análisis crítico sobre la relación que existe entre los principios de la contratación pública y el procedimiento de la Subasta Inversa, lo cual tiene como propósito final, el de definir finalmente si los principios analizados y estudiados se presentan o son aplicables durante el desarrollo de este procedimiento precontractual, como es la Subasta Inversa.

AGRADECIMIENTO

A mis padres Bolívar Arcos y Olivia Aldás, así como a mis hermanos Diego y Pamela, sin los cuales no hubiera sido posible dar este nuevo paso en mi vida profesional; al Dr. Genaro Eguiguren, destacado catedrático universitario e invaluable jurista ecuatoriano, quien con sus vastos conocimientos y su don de paciencia, ha hecho posible la culminación de este valioso trabajo.

DEDICATORIA

A mi esposa María Eugenia López, quien se ha convertido en un pilar fundamental, brindándome todo su apoyo tanto en mi vida profesional como familiar, haciendo posible el haber culminado con un anhelo más, como es el de subir un escalón en al ámbito académico, convencido de que con este trabajo he logrado enriquecer mis conocimientos en el área del Derecho, para aplicarlos en servicio de la colectividad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
--------------	---

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1.- Generalidades	12
1.2.- Importancia de la Contratación Pública	15
1.3.- Principios Generales de la Contratación Pública	20
1.3.1.- Legalidad	22
1.3.2.- Publicidad y Transparencia	27
1.3.3.- Libre Participación	33
1.3.4.- Igualdad	36
1.4.- Los Contratos Administrativos	39

CAPÍTULO II

LA SUBASTA INVERSA

2.1.- Historia y Antecedentes	45
2.2.- Definición y Procedencia	49
2.3.- Base Legal y Procedimiento	60
2.4.- Ventajas y Desventajas	81
2.5.- Legislación Comparada	90

CAPÍTULO III
CLASES DE SUBASTA INVERSA

3.1.- Subasta Inversa Electrónica	114
3.2.- Subasta Inversa Presencial	122
3.3.- Diferencias y Semejanzas	128

CAPÍTULO IV
RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y
LA SUBASTA INVERSA

4.1.- Generalidades	133
4.2.- Aplicación de los principios de la Contratación pública en la Subasta Inversa	135

INTRODUCCIÓN

El Estado ecuatoriano a través de las instituciones que lo conforman, requieren diariamente, adquirir bienes o servicios así como también ejecutar obras con el fin de promover el bien común, como uno de los objetivos principales que cumple desde su creación; desde este punto de vista, y considerando que la Ley de Contratación Pública, tipificaba procedimientos que tardaban en su ejecución, ha implementado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano los denominados “procedimientos dinámicos”, entre los cuales se destaca, la Subasta Inversa, tanto Electrónica como Presencial. Claro está, que al ser un procedimiento dinámico nuevo, en la práctica, su aplicación evidencia la presencia de varios problemas tales como deficiencias en el uso del portal, inconvenientes al momento de crear dicho proceso, entre otras; sin embargo se destaca la oportunidad para su procedencia, pues la ley obliga a las instituciones del Estado a hacer uso de ella, para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico.

La Contratación Pública ecuatoriana, normada en principio por la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas y posteriormente por la Ley de Contratación Pública, ha cumplido su tarea durante los treinta años de su vigencia. El dinamismo social, la globalización, la evolución cada vez más avanzada de la tecnología en telecomunicaciones y revolución de la información, requerían de un cambio urgente con el fin de poder responder a las nuevos retos que debe asumir el Estado a nivel nacional e internacional; siendo la Subasta Inversa uno de los procedimientos dinámicos que permiten aplicar estos adelantos tecnológicos, y haciendo que los proveedores puedan participar sin mayor complejidad, permitiendo de esta forma, que se aplique el principio general de

todo procedimiento de contratación pública, como es el principio de la *“igualdad”* ante la ley.

El Proyecto de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fue presentado por el Gobierno Nacional a la Asamblea Constituyente, conciente de lograr una optimización y mejor utilización de los recursos públicos, y como conocemos, posteriormente fue aprobado y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, el 4 de agosto de 2008.

Con la expedición de esta nueva Ley, se busca entre otras cosas, crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras que se realicen con recursos públicos por parte de las entidades y organismos estatales.

Dentro de los procedimientos establecidos por la nueva Ley, destacamos a la Subasta Inversa, por medio del cual los proveedores de bienes y servicios pujan hacia la baja a través del portal electrónico www.compraspublicas.gov.ec, cuando se trate de Subasta Electrónica; y en un acto público, cuando se trate de la Subasta Presencial; aclarando que el portal oficial, ha tenido una aplicación obligatoria, de igual forma, con la expedición de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y que vale decir, permite que la presencia del principio de la publicidad, como base fundamental de la contratación pública, esté presente.

Las instituciones a las que esta nueva Ley regula, al momento de adquirir bienes o servicios o al ejecutar obras, pretenden lograr un eficiente uso de los recursos públicos a ellos asignados, de acuerdo al Presupuesto General del Estado, situación que era poco viable con la anterior Ley de Contratación Pública; es por esto que con este trabajo de investigación, se pretende entregar un pequeño aporte en el ámbito, no solo de la Contratación Pública, sino también a nivel del derecho público como tal, ya que por tratarse de temas nuevos que se van a aplicar en nuestro país, no existen textos técnicos o doctrinarios que aborden estos temas de importante trascendencia nacional; además de lo expuesto, mi investigación estará sustentada en la praxis, pues mi ámbito profesional me ha permitido estar en constante aplicación práctica de éste y otros procedimientos contractuales de conformidad con la nueva normativa legal emitida en este campo, destacando que las entidades del sector público a través de los procedimientos establecidos en esta nueva Ley, podrán poner en práctica la planificación estatal, empleando de una mejor manera los recursos públicos asignados a ellas para la ejecución de obras y para la adquisición de bienes y servicios, dinamizando de esta forma la economía local y nacional, además de promocionar la producción nacional, pues se promueve la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda, haciendo que el principio de la libre participación, sea fácilmente visible, cuando de aplicar la Subasta Inversa se trate.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1.- Generalidades

La contratación administrativa se caracteriza por conformarse a partir de una serie de principios jurídicos que hacen que los participantes, esto es, la Administración Pública por un lado, y un particular por otro, logren obtener sus objetivos, sin que sus derechos y obligaciones se vean afectados. Vale decir que, hablar de los principios de la contratación administrativa, es hablar de la Ley de Hacienda en el Siglo XIX, que perduró hasta mediados del siglo XX, en que se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, posteriormente la Ley de Contratación Pública y finalmente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente en estos tiempos; normas jurídicas éstas, que han sufrido varias modificaciones necesarias para la aplicación en cada época de su vigencia, sin embargo, no han alterado los linamientos generales que, sobre los principios de la contratación administrativa se remontan a esas épocas.

Lo anteriormente, tiene razón de ser, pues si tomamos en cuenta la nueva Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, vemos que en su artículo primero señala lo siguiente: “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina **los principios** y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría...

(...)¹; principios éstos, que se encuentran enumerados en el artículo 4 ibídem, así: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Como bien se señaló anteriormente, estos principios son aplicados en la mayoría de legislaciones del mundo entero, como ejemplo de ello podemos mencionar lo que establece el artículo 1 de la Ley de Contratación del Sector Público de España de 2007, citado a su vez por el tratadista ecuatoriano Antonio J. Pérez, en su obra Manual de Contratos del Estado, quien señala que es común que se dicten disposiciones generales indistintamente para todo tipo de contratos públicos, como hace la legislación española, en la cual se señalan a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, que son principios generales de toda contratación del Estado, conjuntamente con la libre competencia y la oposición. Cita además al artículo 123 de la Ley española ya descrita con anterioridad, la cual dispone que, los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.

Me parece importante referirme a algo que debemos tener claro cuando analizamos el tema de los principios de la contratación pública, y es precisamente lo que señala el autor Antonio Pérez:

¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador, Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 4 de agosto de 2008.

“La vigencia y aplicación de los principios determinados en una ley son relativas, puesto que como se conoce, en Derecho Público no pueden hacerse inferencias a base de principios. En efecto, el principio podría servir para interpretar la norma que no es suficientemente clara, de acuerdo a lo dispuesto en el siguiente artículo (Art. 5) pero no para sustituirla o, peor, contradecirla. Por supuesto que algunos de estos principios resultan autoejecutables.

Al lado de los principios autoejecutables existen otros más genéricos y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad.

Existen ciertos principios generales para los procedimientos de la contratación, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de contar para la contratación idónea y justa.”²

Es decir entonces que, la aplicación de los principios de la contratación pública no es siempre absoluta, pues existirán normas legales en la Ley, que deberán cumplirse al tenor literal de lo que al respecto, señale tal o cual artículo, pues como bien sabemos, y concordando con el criterio del autor citado, en Derecho Público, solo se puede hacer lo que la Ley establece, sin embargo de aquello, es de conocimiento de todos que no siempre una norma, cualquiera que esta sea, es clara, situación que en el caso que se trata, sucede, pues la Ley al ser una norma jurídica nueva, tiene vacíos legales, existe en algunos casos, obscuridad; es ahí donde acudiremos a los principios de la contratación pública, de los cuales se han considerado los más relevantes.

² Pérez, Antonio, Pérez Efraín: *Manual de Contratos del Estado*, Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pág. 25

1.2.- Importancia de la Contratación Pública

Hablar de contratación pública es hablar, entre muchas otras cosas, de la relevancia que reviste el rol del Estado como una gran corporación en la contratación de bienes, servicios y obras, que ameritan de la inversión de recursos públicos, para lograr que los fines de ese Estado (Administración Pública) se cumplan a cabalidad, de lo que se deduce entonces que, la contratación pública es de gran importancia económica y social prácticamente en todas las sociedades del mundo contemporáneo. La relevancia aludida de la contratación pública es tal, que hoy se habla, incluso, de una tendencia internacional hacia la construcción de un Derecho común de la contratación pública, cuestión que se ha venido dando al menos en acuerdos internacionales suscritos entre diferentes países de Latinoamérica y el mundo.

Ahora bien, vale decir que, la contratación pública es un vehículo o mecanismo para generar confianza, transparencia y seguridad jurídica, en fin, para agregar valor a lo público, en forma de reducción de costos de transacción y creación de capital social; o, por el contrario, puede generar o propiciar corrupción, tramitomanía e ineficiencia, es decir, pérdida de legitimidad de las instituciones y, por tanto, desprestigio del Estado, lo cual supone que la eficiencia en la prestación de los servicios, ejecución de obras o adquisición de bienes, depende en un gran porcentaje, de cómo el Gobierno de un país invierta sus recursos públicos y además, cómo esa inversión sea recuperada con el uso de esos bienes, aprovechamiento de la obras en la infraestructura

estatal o a su vez, beneficio de los servicios que le sean prestados para lograr un adelanto en la economía social. Es importante que en el ámbito de la contratación pública, los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, puedan servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas.

De otro lado, considero que la contratación pública en la actualidad, reviste gran importancia, pues con los nuevos procedimientos y con la creación del portal de compras públicas, se permite encaminar al Estado, a la tan aclamada “*globalización*”, pues como todos sabemos, la tendencia mundial consiste actualmente en utilizar la tecnología para la satisfacción de las demandas sociales. Este criterio es coincidente con lo analizado en la obra jurídica “Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública” de autoría de los doctores Nelson López Jácome y Libia Ribas Ordóñez, quines respecto del tema manifiestan lo siguiente:

“El uso de procedimientos electrónicos para fortalecer las adquisiciones gubernamentales es uno de los ejes de la transformación contemporánea del Estado por su impacto en la eficiencia y eficacia del sector público, en la reorganización de las instituciones, en la productividad y competitividad de los negocios y en la confianza de los ciudadanos. Muchos países del mundo han desarrollado con mayor o menor éxito, procesos de gobierno electrónico, bajo variados modelos.

Las adquisiciones del gobierno por mecanismos electrónicos se basan en el uso de tecnologías de información especialmente el Internet por parte de los gobiernos para conducir sus relaciones con los proveedores y contratistas en la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el sector público.”³

Claro está entonces, que la nueva tendencia a nivel nacional e internacional se refleja en el denominado “*gobierno electrónico*” que no es otra cosa que el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación, por parte de las entidades gubernamentales para transformar las relaciones con los ciudadanos, entre entidades de gobierno y empresas privadas o particulares; con la aparición del gobierno electrónico se busca mejorar la calidad de los servicios gubernamentales brindados a los ciudadanos, promover la interacción con los particulares, sean éstos personas naturales o empresas privadas (personas jurídicas), fortalecer la participación ciudadana a través del acceso a la información y así mismo, otorgar servicios gubernamentales eficientes y eficaces.

Refiriéndonos al gobierno electrónico usado actualmente para la aplicación de los procedimientos precontractuales dentro de la contratación pública, como una pieza fundamental en el nuevo rol que cumple el Estado, me parece importante explicar los objetivos que persigue el gobierno electrónico, que según los autores ya citados anteriormente son tres:

³ López, Nelson y Ribas, Libia: “*Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*”, Quito-Ecuador, Editora NINA Comunicaciones, 2009, Pág. 59.

“Gobernabilidad.- Con ayuda de los procedimientos electrónicos, todas las actividades de adquisición (planes, convocatorias, adjudicaciones, ejecución de contratos) están a la vista de todos en el mismo momento en que ocurren. En otras palabras, los procesos, las decisiones y los resultados de las operaciones de adquisición del gobierno pueden ser vistas en línea (mientras suceden) por los proveedores potenciales, el público en general y el propio gobierno.

Efectividad.- El gobierno electrónico simplifica, estandariza e integra procesos. Sobre esta base, se orienta a reducir los costos administrativos y los plazos de los procesos de contratación. Paralelamente, al incrementar la competencia y bajar los costos para los proponentes, estimula reducciones importantes en los precios de los bienes y servicios.

Desarrollo Equilibrado.- El gobierno electrónico debe permitir que las adquisiciones del gobierno estimulen la participación en el mercado y con ello la competitividad y la productividad, incremente la capacidad de protección contra el monopolio, faciliten el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (que tienen menos restricciones de entrada al mercado del sector público) y estimulen la economía regional y local.”⁴

La expedición de la nueva ley de contratación pública, desde mi punto de vista, ha estimulado la participación nacional en los procedimientos que el Estado realiza para la satisfacción de las necesidades sociales y cumplimiento de sus objetivos, pues entre otros temas, se crea un Sistema de Contratación Pública que articula y armoniza a todas las instancias, organismos e

⁴ Ibidem. Pág. 59, 60

instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; esto reviste gran importancia, pues la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas deriva en la aparición de la discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes, éstas ahora están obligadas a planificar, a través de la elaboración del Plan Anual de Compras, sus adquisiciones, sus obras o los servicios que en determinado momento pretenden obtener, y consecuentemente, usar racionalmente el presupuesto que anualmente se les otorga para estos fines.

Es por esto, importante la contratación pública, pues a través de ella se promueve la promoción de la producción nacional, logrando que los recursos estatales destinados a esa contratación, permitan el fomento y la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza; dependiendo de los procedimientos que se utilicen previa a la suscripción del respectivo contrato, la contratación pública implica ahorro de recursos y facilita las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

Para concluir me permito citar textualmente el siguiente texto:

“La naturaleza de la contratación administrativa responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, mismo que está destinado a satisfacer fines públicos seleccionando la oferta que más

convenga en el cumplimiento de tales intereses, así como de los fines cometidos de la Administración.

En ese orden de ideas, en términos generales bien podemos decir que por contratación administrativa se designa la contratación que realiza la Administración a través de las diversas instancias públicas, la cual requiere una especial consideración y tratamiento por el ordenamiento jurídico en virtud de que en ella está comprometida la hacienda pública (fondos públicos) y el interés público de los bienes y servicios que se desean adquirir.”⁵

1.3.- Principios Generales de la Contratación Pública

Los principios que rigen la contratación pública, son muy diversos y pueden expresarse según los procedimientos que, en la Ley de la materia se establezcan, sin embargo en este tema nos concentraremos en estudiar los principios más comunes y que los encontramos presentes en la generalidad de los procedimientos que la nueva Ley de Contratación Pública. Validando lo señalado en renglones anteriores, es evidente que podemos encontrar un sinnúmero de principios, dependiendo del procedimiento, así podemos observar que en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se menciona entre otras, al principio de “*vigencia tecnológica*”, el mismo que según lo estipulado por Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Peruano aprobado mediante Decreto Supremo No. 013, 2001-PCM, y citado por los autores ecuatorianos López y Rivas, es definido de la siguiente manera: “Los bienes, servicios o

⁵ Rojas, Enrique: “*Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*”, Editores EDILEX S.A., Costa Rica, 2007, Pág. 260.

ejecución de obras, deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera del caso, con los avances científicos y tecnológicos.”⁶

Sin embargo de lo manifestado, y concientes de que la existencia de los principios de la contratación pública está sujeta a los cambios que se den en el sistema que se utilice para la aplicación de los procedimientos precontractuales, tenemos también claro que a lo largo de la historia del derecho público y por tanto de la contratación pública, los principios de la contratación pública son, como lo señala Alejandro Álvarez, los siguientes: “transparencia, libre competencia, y trato justo e igualitario; en el entendido que se están empleando recursos públicos con el objetivo de satisfacer finalidades publicas.”⁷, a ellos se suman como analizaremos más adelante, la legalidad, igualdad, libre concurrencia, entre otros.

La contratación administrativa se caracteriza por conformarse por una serie de principios jurídicos que permiten que tanto entidades contratantes como particulares se encuentren en un ámbito en donde sus derechos y

⁶ López, Nelson y Ribas, Libia: *Interrogantes...* OP. Cit. Pág. 72.

⁷ Álvarez, Alejandro: “*Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*”, Lima-Perú, Ed. Marketing Consultores, 2006. Pág. 48

obligaciones puedan ser respetados. Entre estos principios podemos enunciar los siguientes:

1.3.1.- Legalidad

Partiendo de lo establecido en el artículo 1 de nuestra actual Constitución vivimos en un estado Constitucional de Derechos, siendo el rasgo que mejor tipifica a dicho modelo de Estado, la sujeción de todos sus actos a la ley, asegurándose así, el respeto que deben demostrar las entidades contratantes frente a lo que está establecido en la norma, el principio de legalidad se formula sobre la base de que ningún órgano del Estado puede adoptar una decisión individual que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una decisión individual no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior, de lo que podemos deducir que éste, es un principio que permite al particular o co-contratante, en el caso de la contratación pública, estar seguro de que sus derechos serán respetados por el Estado, pues éste, como se dijo, está obligado a actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

El Doctor Julio Fernández Bulté define la legalidad como “una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, como un método de dirección estatal, en realidad el único posible, mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría”.⁸

⁸ Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela., La Habana, 2002, Pág. 56

El principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución de la República, en su artículo 226, cuando señala que:

“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 ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”⁹

Es decir que, conforme al principio de legalidad, la Administración Pública y todos quienes actúen en ejercicio de una potestad de dicha administración, no podrán actuar por autoridad propia, sino ejecutando el contenido de la ley, siendo ésta entonces un límite externo a la actividad administrativa, dentro de cuyo marco, la Administración es libre; este principio es innato del Derecho Público, dentro del cual, como todos conocemos, se debe hacer única y exclusivamente lo que establece la Ley, es decir que es el Derecho el que condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa actual, el principio de legalidad opera entonces como una *“cobertura legal”* previa de toda potestad, entendiendo como consecuencia de ella que, cuando la Administración cuenta con esa cobertura, su actuación es legítima.

⁹ *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, Pág. 44

Diría yo que el principio de legalidad, es más evidente, en cuanto a los procedimientos precontractuales se refiere, pues la Administración Pública, de conformidad con lo establecido en la Ley de la materia, no puede apartarse o evadir dichos procedimientos, los mismos que se encuentran establecidos con sus respectivos parámetros y límites de actuación, de conformidad con el tipo de bien a adquirirse (normalizado o no normalizado), la obra a ejecutarse (dependiendo del monto) o servicios a contratarse (incluidos los de consultoría). Así mismo, los particulares o proveedores se ven inmersos en un marco jurídico que aunque en primer término, parezca distinto al de la Administración Pública, tiene sus semejanzas, pues los co-contratantes deben cumplir con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales que le son entregados por la entidad contratante, claro está, con la plena libertad que el oferente tiene de participar o no, según su conveniencia, en tal o cual procedimiento.

Vale decir que, las consecuencias que deriven del control que es ejercido por los organismos nombrados para este efecto, permiten medir de una u otra forma, la regularidad con que, las entidades contratantes aplican este principio, pues si de ese control, se desprenden responsabilidades ya sean de tipo administrativo, civil o penal, se puede deducir que las instituciones públicas se han desviado del camino jurídico que se encuentra claramente trazado en la Ley.

En nuestro país, este principio no siempre es respetado por las entidades contratantes, quienes pretenden, bajo las mismas normas legales tipificadas en

la Ley, evadir la aplicación de los procedimientos precontractuales establecidos, al respecto es importante citar una declaración hecha por el actual Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, quien manifestó lo siguiente:

“El doctor González aclaró que de acuerdo al artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una situación de emergencia se da de manera muy precisa, el concepto de emergencia es una situación imprevista, imposible de planificarla y que amerita una acción inmediata de la autoridad correspondiente para solucionar el problema que se haya creado a la ciudadanía, a la institucionalidad o seguridad y así mitigar los posibles efectos de la emergencia.

Aseguró además que INCOP, en su rol de rector de la contratación y administrador del sistema, no tiene capacidad de establecer responsabilidades ni de sancionar, eso lo hace la Contraloría General del Estado, al ser ésta la entidad de control natural del empleo de los recursos del Estado.

Por su parte, el Contralor General del Estado, doctor Carlos Pólit, aseguró que de acuerdo a la Constitución del Estado en sus artículos 211 y 212, que especifican claramente las acciones y potestad que tiene la Contraloría para hacer las investigaciones y auditorías a todas las instituciones y funcionarios públicos; y en este caso, con mayor razón, basados en el Convenio Técnico Interinstitucional, realizará de inmediato la conformación de los equipos de trabajo que analizarán cada una de las declaratorias de emergencia, pues a su criterio aún hay instituciones que

buscan mecanismos para evadir la Ley o que piensan que las emergencias se las pueden tomar para cualquier tipo de cosas.”¹⁰

De otra parte, me parece necesario citar lo que el autor ecuatoriano Antonio J. Pérez en su obra *Manual de Contratos del Estado*, señala respecto del principio de legalidad, es así que al respecto manifiesta lo siguiente:

“Principio de legalidad, según el cual el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva. La contratación pública por su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la Ley, Reglamentos y documentos precontractuales, tanto para la entidad pública contratante como para el co-contratante, en todas sus etapas (adquirentes de los documentos precontractuales, oferentes, adjudicatarios, subcontratistas); se encuentra recogido en el artículo 4 de la Ley.”¹¹

Coincidente con este criterio, Enrique Rojas Franco manifiesta que:

“Principio de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de los dispuesto al efecto en la Constitución Política”.¹²

¹⁰ www.compraspublicas.gov.ec

¹¹ Pérez J., Antonio y Pérez, Efraín: *Manual de...*, Op. Cit. Pág. 25, 26.

¹² Rojas, Enrique: *Derecho Administrativo...* Op. Cit., Pág. 260.

Actualmente, el ordenamiento jurídico en materia de contratación pública, se ve enriquecido con las Resoluciones que, son emitidas por el Instituto Nacional de Contratación pública, las cuales deben ser respetadas tanto por las entidades contratantes como por los particulares co-contratantes, es así que los autores ecuatorianos, especialistas en Derecho Administrativo y Contratación Pública, Doctor Nelson López y Doctora Libia Ribas, refiriéndose al principio de legalidad manifiestan que, las entidades contratantes deben cumplir las disposiciones previstas en la Ley, su Reglamento, en las Resoluciones expedidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública, y demás normativa expedida por lo órganos competentes, que regule la adquisición y arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de los servicios incluidos los de consultoría, así como para la adecuada administración y control de los recursos públicos.

Concluyendo podemos manifestar que, el principio de legalidad o también conocido como *“imperio de la ley”* es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual, todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley, de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, es decir que cuando está presente el principio de legalidad, podemos con seguridad manifestar que la seguridad jurídica está siendo respetada.

1.3.2.- Publicidad y Transparencia

La Constitución de la República en su artículo 204 establece con claridad que el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en

ejercicio de su derecho a la participación. Se crea por tanto una nueva función del Estado, que se la denominó Función de Transparencia y Control Social, por medio de la cual, según la misma norma constitucional se promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, **transparencia** y equidad; por tanto fomentará e incentivará la participación ciudadana, protegiendo el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

Este control social del que nos habla nuestra Constitución puede ser aplicado, cuando los principios de publicidad y transparencia se hacen presentes dentro de un procedimiento precontractual de los que se establecen en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues es por intermedio de la “*publicidad*” que cualquier ciudadano puede ejercer el control social, ingresando al portal compraspublicas e investigando cómo cada entidad contratante invierte sus recursos públicos, y si es que aplica o no los procedimientos previstos en la Ley, es decir que, el principio de publicidad, conjuga también el principio de legalidad. Esta publicidad a su vez permite que un procedimiento sea transparente pues autoriza a todos los interesados para acceder a la documentación precontractual y de ejecución del contrato en cualquier momento.

La publicidad, conforme lo reconoce Antonio J. Pérez, requiere que el proceso precontractual sea conocido por la mayor cantidad posible de

prospectivos participantes, continúa el autor manifestando que la etapa precontractual de la contratación pública debe caracterizarse por su libre acceso al público; por otro lado y como consecuencia de la publicidad del proceso de contratación, surge un procedimiento transparente en todas sus etapas, tanto por los participantes como por el público en general. Estos dos principios (publicidad y transparencia) se encuentran presentes en todos y cada uno de los pasos o etapas que un oferente o proveedor; o a su vez la entidad contratante, cumple en la práctica, una vez que un procedimiento haya sido publicado en el portal oficial con el que actualmente cuenta el Estado; como un ejemplo podemos citar el momento en el cual, un oferente que se encuentre participando en un proceso, formula su consulta a través de la Web, ya sea en cuanto a los plazos, especificaciones técnicas, garantías, y en general respecto del contenido de los pliegos de condiciones, esa consulta puede ser conocida al mismo tiempo por todos los proveedores que están concursando en ese procedimiento y permite a su vez, que las entidades contratantes, al responder esa inquietud, no solo lo despejen la duda del oferente consultante sino a la globalidad de proveedores participantes.

Al momento de inscribirse en el RUP, inmediatamente los interesados serán habilitados para contratar con el Estado, la información que subimos al portal compras públicas será pública y estará disponible para cualquier persona que haga uso de esta página web.

Este enunciado representa el principio de publicidad en la Contratación Pública, a través de este principio se llevan todos los actos realizados en la

contratación hacia el conocimiento general de todos los ciudadanos de una manera más diáfana.

Nuestra Ley señala que los proveedores del Estado deben ingresar al portal y llenar sus datos con información real, si hacen lo contrario serán responsables por esa acción e incluso quedarán incluidos dentro de una de las causales para la suspensión del RUP; además es importante recordar que los proveedores deben encargarse y estar pendientes de actualizar sus estados en el portal.

Al respecto del funcionamiento del portal, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, Jorge Luis González señala que:

“Un proveedor para venderle al Estado, anteriormente, tenía que conocer las reglamentaciones de cada una de las entidades y saber cada uno de los requisitos requeridos. Llevar los mismos papeles a cada una de las entidades con tiempo, recursos y seguir un proceso escabroso de cuatro a seis meses. Ahora se registra a través del portal y nos trae unos documentos básicos para contratar con todas las entidades públicas.

También en el portal estarán publicadas las actas de adjudicación, los contratos suscritos, el cronograma y ejecución de pagos, actas de entrega recepción e indicadores de gestión de la contratación.

Ese portal al ser público permite que cualquier ciudadano en cualquier parte del mundo pueda monitorear cualquier contratación con fondos públicos que se realizará en línea”.¹³

La Ley actual obliga a las entidades contratantes, según lo establece el artículo 17 a que toda la información que se derive de la realización de tal o cual procedimiento precontractual y contractual, sea público a través del portal compraspUBLICAS, ese control le corresponde verificar al Instituto Nacional de Contratación Pública, esto concuerda con lo establecido en el numeral 3 del artículo 9 de la Ley, el mismo que, refiriéndose a los objetivos del Sistema de Contratación pública, menciona el de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública. Me parece importante señalar que, actualmente estos principios permiten además, que los oferentes reduzcan los costos que implicaban la participación en un procedimiento precontractual, pues los Pliegos de Condiciones, también conocidos como Bases del Concurso, pueden ser obtenidas oportunamente y en forma inmediata a través del sistema informático con el que hoy cuenta el Estado, y que como dijimos, se vincula directamente con la tendencia global del denominado “gobierno electrónico”; pero no solo estos documentos pueden ser conocidos por todos los ciudadanos, sino también toda la documentación que se genere dentro de un procedimiento implementado por el Estado para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios.

¹³ www.eluniverso.com

Lo anteriormente expuesto coincide con lo que, respecto de la publicidad señalan López y Ribas en la obra ya citada, quienes manifiestan lo siguiente:

“Publicidad.- De acuerdo con la ley, las entidades previstas en el Art. 1, tienen la obligación de publicar en el portal www.compraspublicas.gov.ec, entre otros, el procedimiento precontractual y contractual. El artículo 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala la información que las entidades están obligadas a publicar. La consecuencia de la publicidad, es que el mayor número de proveedores interesados al tener conocimiento del requerimiento de una entidad contratante pueden participar y así el Estado, puede tener mayor número de ofertas. De igual forma, al ser público el procedimiento precontractual, todos los ciudadanos pueden tener conocimiento de las actuaciones de la Administración Pública.”¹⁴

Me parece interesante además, el criterio emitido por Enrique Rojas, quien al analizar el principio de la publicidad señala que:

“Constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia

¹⁴ López, Nelson y Ribas, Libia: *Interrogantes y.....* Op. Cit. Pág. 73

divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate.”¹⁵

Para finalizar el análisis de estos dos principios, es indispensable hacer una aclaración, que si bien, en la generalidad de los casos la publicidad es la regla, existen también las respectivas excepciones a dicha regla, las cuales se manifiestan al hablar de aquella información que contiene reservas de propiedad industrial o propiedad intelectual, por mandato de la Ley, no puede ser difundida al público; tampoco existe libre acceso para los contratos que afectan la seguridad del Estado, y claro está, por así tipificarlo la Ley y su Reglamento, por citar un ejemplo, encontramos al procedimiento de ínfima cuantía, según el cual las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará **de forma directa** con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP, es decir que, en estos casos el principio, se encuentra limitado en su aplicación, pero claro, finalmente la contratación que realice la entidad contratante, como consecuencia de la aplicación de ese procedimiento, debe ser publicada en el portal.

1.3.3.- Libre Participación

El Estado para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, está obligado como ya mencionamos anteriormente, a regirse a

¹⁵ Rojas, Enrique: *Derecho Administrativo...* Op. Cit., Pág. 260

los procedimientos que para el caso de que se trate, se encuentran estipulados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, procedimientos que, si bien tienen limitantes que permiten asegurar la correcta inversión de los capitales públicos, también permiten que la mayor cantidad de oferentes o proveedores participen en tal o cual procedimiento, lo que, en última instancia le permitirá a la administración pública, seleccionar de una manera adecuada al que mejores condiciones le ofrezca, cumpliendo con todos los parámetros legales, técnicos y económicos. Es decir que, lo que el Estado busca, una vez que se encuentra realizando un procedimiento precontractual es que se haga presente el principio de la *libre participación*, esto es, que concurren a participar en un gran número aquellos oferentes que tengan la capacidad de hacerlo, obviamente, una vez que conozcan el contenido de los Pliegos de Condiciones, que reglamentan esa participación.

El objetivo principal por el cual se hace necesaria la existencia de este principio es, como ya lo hemos manifestado, lograr que el Estado consiga la mejor inversión de los recursos públicos, lo cual concuerda con lo señalado por Juan Carlos Cassagne quien señala que con este principio de libre concurrencia “se persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficiencia), lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad, salvo la configuración de las circunstancias que justifican la libre elección del contratista”.¹⁶

¹⁶ Cassagne, Juan Carlos: *El contrato administrativo*, 2da. Edición, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, Pág. 73.

Según lo que establece el artículo 52 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al referirse al contenido de los Pliegos de Condiciones, éstos deberán contener, en lenguaje preciso y directo, al menos las siguientes materias, en el literal b) señala: “Las especificaciones de las obras, bienes o servicios que se requieren contratar, **las cuales deberán ser genéricas**, sin hacer referencia a marcas específicas; lo cual tiene relación directa con el principio que se analiza, pues al tratarse de la generalidad de las especificaciones, se permite la participación de un grupo enorme de oferentes, que a su vez, harán que el Estado pueda elegir entre esas varias alternativas que cumplan con las especificaciones técnicas.

Cabe manifestar que como otros principios, éste también presenta una excepción y es aquella que el mismo Reglamento a la Ley lo tipifica, cuando al referirse a los procedimientos de excepción, en el artículo 2 inciso cuarto, se refiere a la adquisición de bienes respecto a los cuales, se comprobare que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativas de selección, esto es que, si una entidad Estatal deseara adquirir un bien que tenga un único proveedor en el país, pues no está obligado a seguir los procedimientos legales establecidos en la Ley, sino someterse al procedimiento de excepción constante en la misma Ley.

1.3.4.- Igualdad

Este es uno de los principios que se destaca por contar con base constitucional, pues así lo encontramos, de manera general en artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República, el mismo que al referirse a los derechos que la Constitución reconoce y garantiza a las personas, cita el derecho a la igualdad formal, material y prohíbe la discriminación. Partiendo desde lo señalado en la Carta Magna, podemos manifestar que el principio de igualdad exige, en materia de contratación pública, que todos los oferentes participen en igualdad de condiciones en cualquiera de los procedimientos precontractuales que la administración pública realice, ya sea para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios; lo cual se obtiene desde mi punto de vista, con la elaboración de los Pliegos de Condiciones, los cuales deben ser generales y no tratar de beneficiar a tal o cual oferente, sino que, quien cumpla con lo requerido por la entidad, pueda participar en condiciones de absoluta igualdad.

Cabe manifestar que, actualmente, con la vigencia de la tecnología en el uso de las herramientas informáticas, este principio se aplica con mayor firmeza que cuando estaba vigente la Ley anterior, pues entre otras cosas, podemos destacar que, antes las Bases (hoy Pliegos de Condiciones) tenían un valor determinado, atendiendo al presupuesto referencial de la obra, bien o servicio; actualmente, los Pliegos de Condiciones no tienen valor alguno y están a la disposición, no solo de los oferentes que estén interesados en participar en tal o cual procedimiento, sino de todo el ciudadano ecuatoriano.

Así mismo, este principio se expresa al momento en el cual, un oferente, encontrándose en el término para hacer cualquier aclaración, requiere se le despeje tal o cual duda, la contestación que la entidad está obligada a responder, también dentro del término concedido para el efecto, lo hace no solo a quien preguntó, sino que esa respuesta se publica en el portal y la conocen todos y cada uno de los oferentes participantes, haciendo que la igualdad de condiciones, esté siempre a la luz de cualquier procedimiento precontractual.

Ahora bien, en el tema específico de la Subasta Inversa, este principio según lo establece el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es perfectamente aplicable, pues es este artículo el que establece que los proveedores de bienes y servicios **equivalentes**, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS; es decir que la igualdad o equivalencia debe ser cumplida expresamente por mandato de la misma Ley, pues ésta en forma específica tipifica este principio, al referirse a este procedimiento. Esto se expresa en la Subasta Inversa, pues como conocemos, es un procedimiento que cuenta con dos fases específicamente marcadas, una la calificación de ofertas eminentemente técnicas y legales; y la otra la puja hacia la baja únicamente del precio, es en esta fase en la cual los oferentes participan, en igualdad de condiciones, pues ya lo único que aquí los diferenciará es el precio que ofrezcan por tal o cual bien o servicio; dejando claro, que el principio de igualdad, de una u otra forma, se expresa a lo largo de la realización del procedimiento.

Enrique Rojas Franco al referirse al principio de igualdad señala lo siguiente:

“Principio que tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista.. (...)”¹⁷

Así mismo, Antonio Pérez, analizando el principio de igualdad manifiesta lo que sigue: “Principio de igualdad, según el cual no se pueden establecer diferencias entre los oferentes en un proceso contractual. Este principio enfatiza que los oferentes tienen igual condición entre ellos, ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley para ser adjudicados, tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes.”¹⁸

Como hemos podido darnos cuenta, luego de hacer un pequeño análisis de los principios de la contratación pública, éstos se encuentran presentes en la los procedimientos precontractuales que la Ley actual tipifica, dejando claro que esos principios, han venido aplicándose en el tiempo, es decir desde las épocas de la aparición del derecho público. Por qué no adelantarnos a decir

¹⁷ Rojas, Enrique: *Derecho Administrativo...* Op. Cit., Pág. 260

¹⁸ Pérez J., Antonio y Pérez, Efraín: *Manual de....*, Op. Cit. Pág. 26.

que la Subasta Inversa, en cualquiera de sus modalidades, permite visibilizar de una manera fácil y sencilla, el aplicación de los principios de la contratación pública, en el desarrollo de la misma, hasta conseguir la efectiva adjudicación del contrato y por tanto, la racionalización, de parte de la administración pública, de los recursos públicos que utiliza para ese fin.

1.4.- Los Contratos Administrativos

Analizando los procedimientos precontractuales por medio de los cuales, el Estado pretende seleccionar a quien, de entre los particulares que prestan servicios, ejecutan obras o proveen bienes, encontramos como consecuencia final de los mismos, al denominado “*contrato administrativo*” que a mi modo de ver, constituye un instrumento jurídico por medio del cual, la administración pública de un lado, y el particular de otro, acuerdan o convienen en obligarse mutuamente para conseguir, de parte y parte sus objetivos propuestos.

Según José Castán Tobeñas, citado por Roberto Dormi, en su obra Licitación Pública, la etimología de la palabra contrato nos descubre su significado; el término proviene de *cum* y *traho*, venir en uno, ligar, unir, contraer, en otro, lo que indica la idea de acuerdo o convención bilateral, o sea “con más de una parte”, entendemos entonces que, la palabra contrato etimológicamente hablando, significa el acordar o contraer obligaciones ya sea de dar, hacer o no hacer una cosa, obligaciones éstas que como conocemos, generan efectos jurídicos posteriores.

El doctor Cristóbal Vaca, nos da algunas definiciones de contrato, de entre las cuales podemos citar las siguientes:

“El contrato es uno de los actos más frecuentes que realiza el hombre. El contrato está revestido de un acuerdo de voluntades distintas que confluyen para formar una voluntad común.

Contrato es el acuerdo de voluntades, entre dos o más contratantes, manifestado en forma legal y que tenga por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

El contrato, en definitiva, es el instrumento más adecuado para que dos o más personas se obliguen entre sí, a realizar algo que aprovecharán los intereses de cada una.”¹⁹

No podemos dejar de citar la clásica definición del contrato, que la encontramos en el artículo 1454 del Código Civil ecuatoriano, el mismo que señala: “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.²⁰ Los efectos que, en general, se desprenden de la suscripción de un contrato se basan fundamentalmente en la obligación que nace para cada una de las partes de cumplir las promesas adquiridas, de conformidad con las cláusulas que en dicho contrato se estipulan, y con fundamento en las normas del ordenamiento jurídico vigente. Partiendo de este concepto general sabemos que el contenido de un contrato es generalmente

¹⁹ Vaca Núñez, Cristóbal: “*Fundamentos de la Contratación Pública*”, , Editorial S&A Editores, Quito-Ecuador, 2009, Pág. 25.

²⁰ Código Civil, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008, Pág. 90.

amplísimo, pues regula ya sea derechos patrimoniales o familiares, reales, etc., de ahí que, una parte específica de estos contratos, es el considerado como administrativo; este hecho es reconocido así por Roberto Dromi, quien al respecto señala:

“Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal que su objeto está constituido por un fin públicos o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado. Sin embargo, dicha circunstancia no obsta a que se apliquen a los contratos administrativos las normas que rigen tal instituto en el código civil, pues estas últimas son respecto de aquellos principios generales de los que no cabe apartarse. El contrato es un instrumento jurídico al que se califica de administrativo, cuando se le suman a sus caracteres básicos y genéricos las notas que lo especifican dentro de su género, en cuanto forma, sujetos, consentimiento, procedimiento de formación, etc.”²¹

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública no hace una definición específica de lo que se debe entender por contrato administrativo, a pesar de hacer referencia al mismo, en la mayoría de normas que la integran; únicamente el artículo 60 *ibídem*, al referirse al carácter de los contratos, establece que, los contratos a los que dicha Ley se refiere, serán “*contratos administrativos*”, que conforme se señaló en párrafos anteriores, para su existencia se requiere de la voluntad concurrente del Estado

²¹ Dromi Roberto, “*Licitación Pública*”, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires-Argentina, 1995, Pág. 22.

(manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por la otra; de la cual recíprocamente se derivan atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos de manera individual para cada una de las partes. Tanto para el Estado como para el particular, existen requisitos que deben ser cumplidos, previamente a la comparecencia para la celebración del contrato, el Estado por medio de cualquiera de las funciones que lo integran, deben hacerlo en ejercicio de una función administrativa, y el particular debe hacerlo demostrando la capacidad para actuar, entendiéndose de la existencia de otros requisitos más específicos, sin embargo, por la importancia, los citados concurren siempre en forma previa a la conveniencia de las voluntades.

Teniendo una concepción clara del contrato administrativo, es menester referirse de forma muy sucinta a sus elementos, que vale decirlo, son los mismos que se requieren de manera general para cualquier clase de contrato, esto es, un sujeto, la competencia (persona jurídica) y la capacidad (persona natural), la voluntad, el objeto, la forma y la causa. Como se manifestó anteriormente, al referirnos al sujeto, en el caso del contrato administrativo, conocemos que puede ser una persona natural o jurídica cuando hablamos del particular, esto de una parte, y el Estado por intermedio de sus instituciones, de la otra. La capacidad es entendida como la aptitud legal para que podamos ejercer derechos y contraer obligaciones; la competencia como lo señala Efraín Pérez, “delimita el obrar de los órganos en forma legalmente válida en determinado territorio y en determinada materia, la misma que proviene

exclusivamente de la norma jurídica, sea esta Constitucional o legal, y en algunos casos, administrativa.”²²

La voluntad se expresa en la facultad para poder obrar o también abstenerse de hacer una cosa. Conforme lo señala Agustín Vaca, se evidencia la formación de la voluntad de la Administración (contratante) al momento de verificarse una serie de actos previos, tales como: Plan Anual de Contrataciones, estudios económicos, legales, técnicos para la factibilidad de la contratación. Continúa señalando, que la voluntad en los actos jurídicos bilaterales toma el nombre de consentimiento, el mismo que en el tema de la contratación, consta de dos etapas: la oferta que hace una persona a otra para celebrar un contrato, y la aceptación de la otra parte.

Al referirnos al objeto, la causa y la forma, es menester citar lo que respecto de los mismos señala Antonio Pérez, así:

“Objeto.- El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. En otras palabras es la razón por la cual o la finalidad para celebrar el contrato y satisfacer sus intenciones.

Causa.- La causa del contrato es el motivo que induce a la celebración del contrato. El concepto de causa proviene de la influencia del Derecho francés y su alcance como elemento contractual ha sido cuestionado en las últimas décadas, el Código alemán y algunos autores identifican la causa

²² Pérez, Efraín: “*Derecho Administrativo*”, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2006, Pág. 500.

con el objeto del contrato. Actualmente se conserva la importancia de la causa en relación con la licitud del objeto en la contratación pública.

Forma.- La contratación pública debe someterse a los procedimientos establecidos por la ley. En tal virtud, la “forma” se refiere a los requisitos que conllevan a efectuar la contratación eficazmente, es decir la observación de los procedimientos establecidos en las normas respectivas.”²³

Finalmente es necesario manifestar que, el contrato administrativo al ser un acuerdo de voluntades, dentro de las cuales está el Estado, dicho contrato, se constituye en una de las herramientas con las que cuenta la administración pública para el cumplimiento de sus fines propuestos, y por tanto los particulares que celebran contratos con el Estado pasan a ser parte del cumplimiento efectivo de ese fin, es decir, colaboran con la administración pública en el ejercicio del bien común. Las funciones del Estado, se expresan a través de sus propias formas jurídicas, por poner un ejemplo, la legislativa, a través de las conocidas leyes, la judicial, por medio de las sentencias; a su vez en estas funciones encontramos a la actividad administrativa que se ejercita por los conocidos actos administrativos, hechos administrativos y finalmente los contratos administrativos. Es decir que, una de las formas que el Estado posee para la exteriorización de su accionar, son los contratos administrativos que le permiten, con la colaboración de un particular, satisfacer necesidades básicas de la colectividad.

²³ Pérez, Antonio, Pérez Efraín: *Manual de Contratos...* Op. Cit. Pág. 31.

CAPÍTULO II

LA SUBASTA INVERSA

2.1.- Historia y Antecedentes

La Contratación Pública ecuatoriana, en principio era regulada por la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, la misma que posteriormente fue derogada por la Ley de Contratación Pública, que se publicó en el Registro Oficial No, 272 de febrero del año dos mil uno; sin embargo estas normas con el paso del tiempo cumplieron su tarea durante el tiempo en el cual estuvieron vigentes. Actualmente, la evolución cada vez más avanzada de la tecnología en telecomunicaciones y revolución de la información, ha hecho que el Estado ecuatoriano busque los mecanismos legales que le permitan plasmar esa tecnología en el ámbito de la contratación pública.

Los orígenes de algunas de las innovaciones que ahora constan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como el Registro Único de Proveedores y el Sistema Nacional de Contratación, datan de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 258 publicado en el Registro Oficial No. 66 de 18 de abril de 2007, el mismo que fue reformado mediante Decreto No. 386 promulgado en el Registro Oficial No. 110 de 21 de junio de 2007, normas éstas en las cuales se dispuso que le corresponde a la Subsecretaría de Innovación Tecnológica y Compras Públicas del Ministerio de Industrias y Competitividad (MIC) administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador y el Registro Único de Proveedores, RUP.

Posteriormente, se publica en el Registro Oficial No. 221 de 28 de noviembre de 2007, el Decreto Ejecutivo No. 744 mediante el cual se dispuso que el Ministerio de Industrias y Competitividad, a través de la Subsecretaría de Innovación tecnológica y Compras Públicas administre y desarrolle, el Portal Oficial de Información de Contratación Pública y de Consultoría del Ecuador, de igual forma se estableció que todos los organismos y dependencias definidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, deben publicar en el indicado portal, los procedimientos precontractuales y documentos contractuales relativos a la adquisición de bienes y servicios y construcción de obras; y, deben transferir a la Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Compras Públicas en forma gratuita y obligatoria, las bases e información sobre contratación pública y consultoría que se requiera para el desarrollo del Sistema COMPRASPUBLICAS.

La Ley anterior en su literal b) del artículo 4, disponía que “la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obras 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 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujeta a los procedimientos precontractuales previstos en la mencionada Ley, pero para celebrar los contratos respectivos se debe observar las normas emitidas para el efecto por cada institución”.²⁴

²⁴ Ley de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001, Pág. 8.

Con el fin de regular estos procedimientos precontractuales, que como conocemos no eran regulados por la Ley de Consultoría, y obligaba a cada una de las instituciones del Estado a emitir sus respectivos reglamentos, se emitió el Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008, mediante el cual se expidió el Reglamento de Contrataciones para la Adquisición de Bienes y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, y cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente de 0.00002 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico de las entidades que conforman la administración pública central y la administración pública institucional.

Es decir, que este Decreto Ejecutivo entre otras cosas, pretendió evitar que en las instituciones del Estado prevalezca la discrecionalidad en aquellos procedimientos precontractuales, que no eran regulados por la Ley de Consultoría y cuya cuantía era inferior al valor señalado anteriormente, pues es mediante este Decreto Ejecutivo, que se dispone, en la disposición transitoria segunda, que los organismos y entidades del sector público comprendidos en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva deberán adecuar sus reglamentos e instructivos internos a las normas del referido Decreto, en el plazo máximo de quince días contados a partir de su vigencia.

Es importante la emisión de este Decreto Ejecutivo, en razón de que es esta norma la que incluye al procedimiento de la Subasta Inversa, como una regla general, la cual se incluyó ya pensando en la necesidad de entrar a una

reforma integral del sistema nacional de la contratación pública; ya se pensaba desde esa fecha en introducir normas legales que le permitan al Ministerio de Industrias y Competitividad, la celebración de los llamados “Convenios Macro”, que son el inicio de las compras directas que se realizan en la actualidad, mediante la compra por catálogo electrónico. Pero hasta tanto la emisión de la actual Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual ya se regula la suscripción de los Convenios Macro previa la selección del proveedor a través de los procedimientos contractuales previstos en la referida Ley, se establece la denominada Subasta Inversa como un mecanismo residual que se aplica solo para aquellos casos en que no existan precios señalados por los convenios macro, o cuando la entidad contratante puede lograr mejores precios que los convenidos en forma previa.

El Estado ecuatoriano, dio paso para que se instalara la Asamblea Constituyente, con el fin de emitir una nueva Constitución que rige actualmente en nuestra sociedad, es en esa instancia de poderes constituyentes, en donde se empieza la construcción de lo que hoy es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esta Ley, cuyas bases fueron discutidas en la Asamblea Constituyente, a la cual el pueblo ecuatoriano le otorgó plenos poder, fue publicada finalmente en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de fecha 4 de agosto de 2008, fecha desde la cual entró en vigencia, y tiene como objetivos primordiales los de lograr una optimización y mejor utilización de los recursos públicos, así como de buscar entre otras cosas, el crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación,

presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras que se realicen con recursos públicos por parte de las entidades y organismos estatales, incluyendo también a las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y compañías mercantiles siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal.

Estos son los antecedentes que han dado lugar a la vigencia del procedimiento dinámico de la Subasta Inversa, por lo que a mi opinión, ha sido el Decreto Ejecutivo No. 1091 de mayo 18 de 2008, el que, a pesar de su corta permanencia en la legislación ecuatoriana, fue una base fundamental para que, la Subasta Inversa entre en vigencia. Vale decir que, las instituciones del Estado, de forma inmediata iniciaron con la aplicación del mismo, pues como se explicará más adelante, éste es uno de los procedimientos que permite a la administración pública un ahorro considerable de tiempo y dinero, en cuanto a la adquisición de bienes y servicios se refiere.

2.2.- Definición y Procedencia

Partiendo de lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podemos manifestar que la Subasta Inversa es un procedimiento dinámico, por medio del cual, los proveedores de bienes y servicios estandarizados u homologados, pujan hacia la baja el precio ofertado durante un tiempo determinado y cumpliendo previamente los requisitos que la

entidad contratante haya establecido en los respectivos Pliegos de Condiciones.

El tratadista ecuatoriano Cristóbal Vaca, refiriéndose a la Subasta Inversa como uno de los procedimientos que las entidades utilizan para la adquisición de bienes y servicios, señala:

“Subasta inversa es un mecanismo de contratación “residual” (residual=parte o proporción que queda de un todo), es un procedimiento precontractual para adquirir bienes o servicios que se encuentren estandarizados con las mismas características técnicas; hecho lo cual, los proveedores llegan a una fase de puja en la que se adjudicará al proveedor que oferte el menor precio”.²⁵

El portal oficial del Sistema Nacional de Contratación Pública que entró en vigencia desde la publicación de la nueva Ley de Contratación Pública, también hace referencia a la Subasta Inversa, señalando lo siguiente:

“Para la adquisición de bienes y servicios normalizados, y de no constar en el Catálogo Electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes compiten hacia la baja del precio ofertado, por medios electrónicos a través del Portal. Las características principales son: a) Participan proveedores calificados que cumplen las condiciones de los pliegos; b) Se compete electrónicamente por el menor precio en forma pública y anónima a través del sistema; c) Se adjudica al proveedor con el

²⁵ Vaca, Cristóbal: *Fundamentos de...* Op. Cit. Pág. 122

menor precio; d) Queda todo el proceso y adjudicación, documentado en el portal.”²⁶

De lo que podemos colegir que este procedimiento tiene dos fases claramente establecidas, la primera, la selección de los oferentes que cumplen todos los requisitos técnicos y legales de conformidad con los Pliegos de Condiciones elaborados por cada una de las entidades contratantes en base a los modelos que constan en el portal compras públicas y que han sido elaborados por el Instituto Nacional de Contratación Pública; y la segunda, aquella en la cual los proveedores que fueron seleccionados en la fase inicial, pujan hacia la baja en igualdad de condiciones, sobre el precio ofertado por los bienes o servicios por los cuales se abrió el procedimiento.

Como se dijo en el capítulo inicial, este procedimiento es uno de aquellos en los cuales no es complicado observar que los principios de la contratación pública se hacen presentes, cuando una entidad contratante emprende una subasta inversa, debe tener claro que la convocatoria que se publica en el portal, no es para uno o dos proveedores por ellos escogidos, sino que la misma se envía electrónicamente a todos aquellos que, estando habilitados en el RUP, ofertan los bienes que la administración pública pretende adquirir. Es decir que, la publicidad como uno de los principios de la contratación pública es primordial en la Subasta Inversa.

Así mismo, en este procedimiento dinámico, el principio de “igualdad”, se abre paso en la segunda fase diferenciada en párrafos anteriores, pues los

²⁶ www.compraspublicas.gov.ec

proveedores seleccionados por la entidad contratante participan en igualdad de condiciones, pues lo único que prevalecerá, será el valor que al final oferten por tal o cual bien.

Este procedimiento, al igual que el Sistema Nacional de Contratación Pública, en su integridad, viene siendo aplicado en países tales como Perú, Chile, Argentina, entre otros, dentro de los cuales se define a la Subasta Inversa de la siguiente manera:

“Una subasta es un mecanismo de transacción económica por el que se determina la asignación de recursos (ya sea un bien o servicio), tomándose como referencia el precio, el cual aumentará o disminuirá en función a las pujas efectuadas por los potenciales compradores o vendedores. De los diversos tipos de subasta existentes, la que nos interesa para efectos del presente trabajo es la denominada subasta en reversa, llamada también “subasta inversa”, conforme a la cual los probables compradores elaboran una lista de bienes o servicios que desean adquirir o contratar, definiendo sus características y especificaciones, sobre los que los potenciales vendedores ofertarán su mejor precio, efectuándose la puja hacia la obtención del precio más bajo posible.”²⁷

La doctora María Inés Baldeón, quien participó en el equipo de construcción de la Ley actual, en la Asamblea Constituyente, respecto de la Subasta Inversa manifiesta lo siguiente:

²⁷ Álvarez, Alejandro: *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, Lima-Perú, Ed. Marketing Consultores, 2006, Pág. 120.

“La Subasta Inversa, en general, de acuerdo a las definiciones constantes en la doctrina y en el derecho comparado, es en consecuencia, un procedimiento precontractual para adquirir bienes o servicios que se encuentren estandarizados con las mismas características técnicas; hecho lo cual, los proveedores llegan a una fase de puja en la que se adjudicará la adquisición del bien o la prestación del servicio al proveedor que oferte el menor precio”.²⁸

Es importante señalar que la subasta inversa tal y como está concebida, pareciera que busca la adquisición de un bien o servicio únicamente seleccionando aquellos proveedores que ofrezcan el menor precio, en detrimento de la calidad de tal o cual bien, lo cual en la práctica no se da, pues al contrario de esto, la calidad de los bienes o servicios que se pretenden contratar o adquirir, es observada minuciosamente en el proceso de selección previa la realización de la puja, lo que hace que la administración pública, adquiera bienes, que además de cumplir con los parámetros por ella requeridos a través de los Pliegos de Condiciones, ofertan un menor precio. Esto además es de cumplimiento obligatorio de parte de las instituciones que adquieren bienes y servicios normalizados a través de este y otros procedimientos previstos en la Ley, pues es este mismo cuerpo normativo, el que en su artículo 6 numeral 17, al referirse al “Mejor Costo en Bienes y Servicios Normalizados”, señala: *“Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”*. Es decir que, los proveedores previamente a ofrecer

²⁸ Baldeón, Inés María: *La Subasta Inversa en la Contratación Pública-Análisis del Decreto Ejecutivo No. 1091 de 18 de mayo de 2008*, Quito-Ecuador, Editora Inés María Baldeón, 2008, Pág. 36.

en el acto de la puja, el menor precio, deben previamente haber cumplido con las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales que la entidad haya previsto en los pliegos.

Ahora bien, habiendo dado algunas definiciones de lo que es la Subasta Inversa, nos referiremos a la procedencia de la aplicación de este procedimiento, el mismo que según lo establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y el Reglamento, es aplicable únicamente para aquellos bienes y servicios normalizados, que no consten publicados en el catálogo electrónico, al cual podemos acceder todos los ciudadanos ingresando al portal oficial de contratación pública. Es la misma Ley la que define a los bienes y servicios normalizados en su artículo 6 numeral 2, señalando que son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.

Conforme podemos observar, la Ley define en su artículo 6 a los bienes normalizados utilizando las palabras “homologados” y “catalogados”, es decir aquellos cuyas características pueden ser fácilmente comparables entre sí, la Ley no enumera taxativamente los bienes que debemos considerar como normalizados, sin embargo podemos atrevernos a citar ejemplos de bienes normalizados, así: vehículos, computadores, electrodomésticos, materiales de oficina, etc.

El artículo 42 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, refiriéndose a los bienes y servicios normalizados señala

que son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

Las reformas al Reglamento de la Ley, clarificaron de una mejor forma el tema relacionado con los bienes y servicios normalizados, pues antes de su vigencia, eran poco comprensibles los conceptos de bienes y servicios normalizados y no normalizados, conceptos básicos que deben tenerse muy en cuenta al momento de la aplicación de tal o cual procedimiento de los establecidos en la Ley. Es así que el segundo inciso del mismo artículo 42 ibídem, manifiesta:

“La Ley y este Reglamento General utilizan de forma indistinta las palabras "homologados", "estandarizados", "normalizados", "categorizados" o "catalogados", para referirse a aquellos bienes o servicios cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas por la entidad contratante; y, en el caso de los bienes o servicios incluidos en el Catálogo Electrónico, para referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el INCOP celebró los correspondientes convenios marco.

La responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios le corresponde a la entidad contratante, la que para el efecto, observará, de existir, la reglamentación técnica o normativa técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio objeto del procedimiento.

Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y de Subasta Inversa; y solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y en este Reglamento General.”²⁹

Es decir, que son las entidades contratantes las encargadas de estandarizar los bienes a fin de aplicar el procedimiento de la Subasta Inversa, esta estandarización se la realiza en la práctica, a través de los Pliegos de Condiciones, los cuales contienen las “reglas de juego” de un procedimiento de contratación pública, si bien las entidades contratantes están obligadas al uso de los Modelos de Pliegos de Condiciones publicados por el Instituto Nacional de Contratación Pública en el portal, cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y el Reglamento General.

Dentro del análisis de la procedencia del procedimiento de la subasta inversa hemos dicho, que ésta procede para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no estén publicados en el catálogo electrónico; es necesario entonces hacer una revisión breve respecto de dicho catálogo; y vale decir entonces que la Ley, lo define en su artículo 6, al señalar que consiste en el registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

²⁹ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009, Quito-Ecuador, Pág. 27.

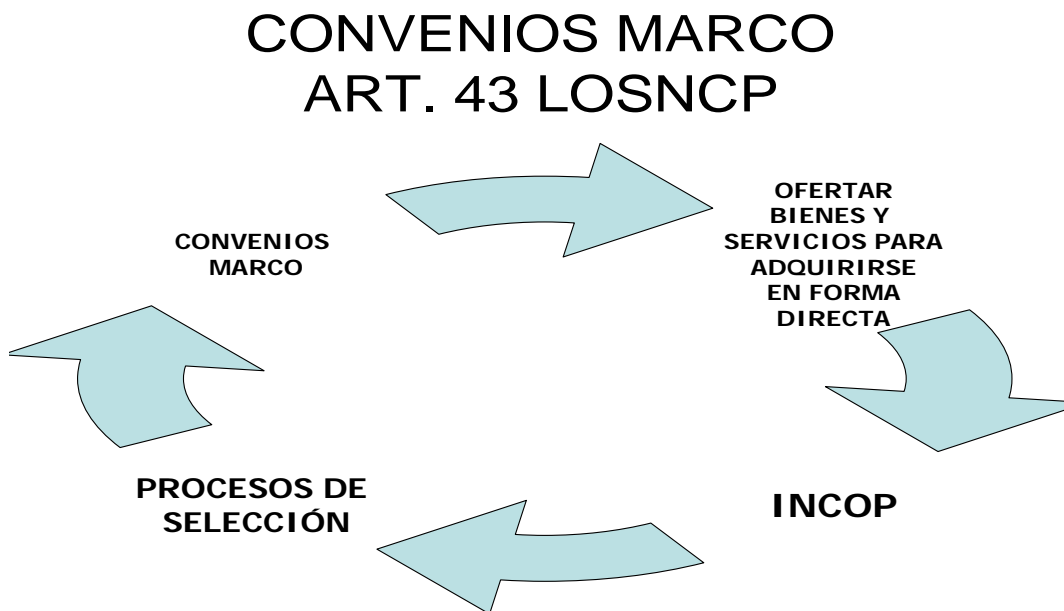
Es sumamente importante tener en cuenta lo que entendemos por el catálogo electrónico, pues la Ley dentro de los procedimientos dinámicos también nos habla de la compra a través del referido catálogo, es decir, es una simulación de una compra en un supermercado, en donde las entidades contratantes adquieren de forma directa aquellos bienes que se encuentran publicados en dicho catálogo, conocido también como “*vitrina electrónica*”. Con la publicación de la nueva Ley de Contratación Pública se obliga al Instituto Nacional de Contratación Pública a crear un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS, desde el cual, las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa.

De igual forma la Ley en su artículo 46 obliga a las Entidades Contratantes a consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios, y solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado, se podrán realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la Ley y su Reglamento, es así entonces que entendemos, el porqué de decir que, la Subasta Inversa procede, cuando se requiere adquirir bienes que no están en el catálogo electrónico, pues toda entidad contratante, previamente a aplicar cualquiera de los procedimientos establecidos en la Ley, debe obligatoriamente consultar el catálogo electrónico.

Actualmente el Estado Ecuatoriano en coordinación directa con el Instituto Nacional de Contratación Pública ha realizado procesos de licitación

para suscribir los Convenios Marco, hasta la fecha únicamente encontramos en el portal (Catálogo Electrónico) lo que se relaciona con vehículos; sin embargo, es necesario manifestar que la actualización de los proveedores con los cuales el estado suscribirá los convenios Macro, está en proceso.

Para ejemplificar como el Estado suscribe los Convenios Marco que permiten que los proveedores publiquen continuamente los bienes que van a ser adquiridos directamente por las entidades contratantes a través del catálogo electrónico, observemos el siguiente cuadro:



Hemos explicado los elementos que nos permiten determinar el camino correcto para aplicar el procedimiento de la Subasta Inversa, y para finalizar, es necesario señalar que en principio este procedimiento, según lo establece el artículo 47 de la Ley no tenía una base o límite en cuanto al monto se refiere, para ser aplicado, tampoco el Reglamento señalaba una limitación en cuanto al

monto, como sí se señaló para los otros procedimientos, es decir las entidades contratantes podían aplicar la Subasta Inversa, bajo los parámetros ya citados, independientemente del monto de la adquisición.

Con la publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 del Decreto Ejecutivo No. 1700 entraron en vigencia las últimas reformas al Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro de las cuales se fija un monto mínimo a partir del cual, es procedente aplicar el procedimiento de la Subasta Inversa, es decir actualmente, procede para la adquisición de los bienes y servicios normalizados que no encontrándose en el catálogo electrónico, su cuantía supere el monto equivalente a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado.

Sin embargo, es el mismo Reglamento, el que en el tercer inciso del artículo 46, señala que para las subastas inversas cuyo presupuesto referencial **sea igual o inferior** a multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, no necesitarán de la existencia de una Comisión Técnica, de lo que podemos colegir que, también existen Subastas Inversas que pueden realizarse desde un monto que va de cero al valor que resulte de la operación matemática antes citada, en cuyo caso, no se requerirá de una Comisión Técnica, esto con acuerdo con lo señalado en el artículo 18 del citado Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.3.- Base Legal y Procedimiento

La normativa legal que regula la aplicación de la Subasta Inversa se encuentra tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento de aplicación así como en las Resoluciones que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita al respecto. Así la Ley se refiere a la Subasta Inversa en el artículo 47 , mientras que el Reglamento a la citada ley, desarrolla el procedimiento de aplicación de la Subasta Inversa, en los artículos 45 al 48, estableciendo en forma general, la calificación de los participantes, el acto de la puja y la adjudicación; finalmente es también el Instituto Nacional de Contratación Pública el que está facultado para dictar normas administrativas, manuales o instructivos de conformidad con la Ley, en base a lo establecido en el artículo 10 numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Una vez establecida e identificada la normativa o base legal que regula el procedimiento de la Subasta Inversa, pasaremos a analizar el articulado en relación con el procedimiento que se debe observar para la aplicación correcta de este procedimiento dinámico.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, al referirnos a la definición y procedencia de este procedimiento, según lo establecen los artículos 47 de la Ley y 44 del Reglamento, la subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto de **USD. 4.256,41** que no puedan ser contratados a

través del procedimiento de compras por catálogo electrónico y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan **hacia la baja** el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS (www.compraspublicas.gov.ec).

Tenemos claro entonces, cuándo procede la Subasta y qué bienes se pueden adquirir con ese procedimiento, es necesario entonces, señalar lo que en la práctica sucede, y es así que todo inicia con la solicitud del área requirente de cualquier entidad contratante, quien solicitará a la máxima autoridad de la entidad contratante, o a quién ésta haya delegado, que autorice el inicio del proceso de contratación, solicitud a la cual debe adjuntar:

1. El proyecto de pliegos en el que conste las especificaciones y requerimientos técnicos; y,
2. El monto del presupuesto referencial de la contratación.

Hay que tener en cuenta que, los Pliegos de Condiciones, deben guardar relación con aquellos que se encuentran publicados en el portal oficial, pues es la Ley la que señala en su artículo 27, que serán obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, indica esta norma incluso, que para esto podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

Una vez que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, cuente con la solicitud del área requirente, para la adquisición de bienes y servicios a través de la Subasta Inversa, analizará la solicitud, y de considerarlo pertinente, autorizará el inicio del proceso, aprobará los pliegos y dispondrá al área correspondiente el inicio del procedimiento, lo cual debe constar en una resolución administrativa debidamente motivada.

La entidad contratante cuenta ya con la autorización de la máxima autoridad para iniciar el procedimiento, pasamos entonces a explicar los pasos que en adelante se aplicarán para la culminación satisfactoria de la Subasta, hasta la adjudicación del contrato, así tenemos los siguientes:

1. Creación del Proceso de Contratación
2. Invitación a Proveedores
3. Aclaraciones
4. Calificación de Participantes
5. Envío Oferta Inicial
6. Proceso de Puja
7. Adjudicación

1.- Creación del Proceso en el portal oficial

La persona designada por la máxima autoridad para el manejo del portal, deberá ingresar a la página www.compraspublicas.gov.ec, en donde escogerá la opción para ingresar al portal, luego de lo cual, el sistema le solicitará

ingresar su número de RUC, solicitado por el INCOP al momento de registrar a cada una de las entidades del sector público; y la contraseña, que cada entidad manejará adecuadamente para el ingreso al portal. Una vez que ha ingresado al sistema, escogerá la opción de “*nuevo procedimiento*” y procederá a llenar cada una de las casillas y a seguir los pasos que en el sistema constan, entre los cuales podemos destacar, además de los datos de la empresa, el tipo de procedimiento, el presupuesto referencial, aquel casillero en el cual se solicita a la entidad registrar el procedimiento con una clave que permita en lo posterior identificar en el sistema a tal o cual procedimiento que haya publicado, y que a su vez hará que los proveedores interesados en participar, también identifiquen dicho procedimiento. En la práctica, por ejemplificar este paso podemos observar los siguientes gráficos:

The screenshot displays the website for the Ecuadorian National Public Procurement System. At the top, there is a header with the logo 'Compras públicas' and the text 'SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PUBLICAS'. Below the header, there are navigation tabs: 'Datos Generales', 'Consulta', and 'Entidad Contratante'. Under 'Entidad Contratante', there is a sub-menu with 'Nueva Contratacion', 'Incumplidos', and 'Catalogo Electrónico'. A 'Cerrar Sesión' link is visible on the right. The main content area shows the user's RUC (1760008560001) and the entity name (CONSORCIO DE MUNICIPIOS AMAZONICOS Y GALÁPAGOS). There is a section for consulting the SRI (Sistema Registral Integrado) with a 'Consultar' button. The main heading is 'BIENVENIDO AL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PUBLICA', followed by the text 'En nuestro sistema usted podrá encontrar el siguiente menú'. Under 'Datos Generales', there are three items: 'Resumen General', 'Información Usuario', and 'Representante Legal', each with a brief description of its function.

RUC: 1712510971001 - Entidad: Usuario: comprador

Paso 1: INFORMACION GENERAL

Publicación del Proceso de Contratación

Bienvenidos al Sistema Nacional de Contratación Pública, le recordamos que todos los campos con asterisco (*) deben ser debidamente complementados.

* Entidad Contratante:	<input type="text"/>	Razón Social de la Entidad Contratante.
* Representante legal:	<input type="text"/>	Nombre del Representante legal de la Entidad Contratante.
* Código:	<input type="text"/>	Código para control interno de la Entidad Contratante (Ej. MIC_0001_2008) (Máximo 20 caracteres)
* Objeto del Proceso de Contratación:	<input type="text"/>	Ingresar una breve descripción de los Bienes, Obras o Servicios a contratar. Máximo 500 caracteres, #de Caracteres: <input type="text"/>
* Palabras claves:	<input type="text"/>	Palabras claves para facilitar referencias. Separar palabras con comas (Ejem: llantas, neumáticos). (Máximo 100 caracteres)
* Dirección:	<input type="text"/>	Dirección donde será entregado el Producto objeto del Contrato (Máximo 100 caracteres)
* Tipo de Contratación:	<input type="text" value="Normativa Interna"/> <input type="text" value="Normativa Interna"/> <input checked="" type="text" value="Concurso Público"/> <input type="text" value="Licitación"/> <input type="text" value="Subasta Inversa Electrónica"/>	Escoja el tipo de proceso de Contratación Pública.
* Tipo de adjudicación:	<input type="text" value="Normativa Interna"/> <input type="text" value="Normativa Interna"/> <input checked="" type="text" value="Concurso Público"/> <input type="text" value="Licitación"/> <input type="text" value="Subasta Inversa Electrónica"/>	Escoja el tipo de adjudicación.

2.- Invitación a Proveedores

En el paso anterior, existe, el famoso “calendario de fechas”, requerido en todos los procedimientos estipulados en la ley, dentro del cual el sistema solicita a la entidad contratante, proceda a completar las fechas en las cuales se cumplirá tal o cual fase dentro del mismo, en el caso de la Subasta, es necesario referirse a la fecha en la cual toda la información del procedimiento se publicará y se enviarán las invitaciones a todos los proveedores que, estando inscritos en el RUP oferten los bienes o servicios normalizados que la entidad está pretendiendo adquirir. Es decir que, luego de que la entidad contratante haya creado el respectivo procedimiento en el portal oficial, en la fecha señalada en el calendario como aquella en la cual se publicará el procedimiento, el sistema en forma automática, enviará las invitaciones a los

proveedores, quienes podrán, luego de recibir un correo electrónico en la dirección señalada por ellos al momento de inscribirse en el RUP, observar los Pliegos de Condiciones y decidir si participan o no en la Subasta Inversa.

Es importante señalar además que en los Pliegos de Condiciones elaborados por la entidad contratante, con base en los modelos que se publican por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública en el portal oficial, deben constar entre otras cosas, la convocatoria, la misma que es parte de dichos pliegos, y que según lo establece la Resolución No. 20 del INCOP, debe contener por al menos lo siguiente:

- 1.- El cronograma para las preguntas y aclaraciones respecto del contenido de los pliegos;
- 2.- El Presupuesto Referencial
- 3.- La fecha y la hora límites para que la oferta técnica se suba al portal www.compraspublicas.gov.ec
- 4.- El período en que los oferentes calificados subirán la oferta económica inicial al portal www.compraspublicas.gov.ec
- 5.- La fecha y la hora en las que se iniciarán las pujas a la baja a través del refirno portal, y la duración de las mismas; y,
- 6.- La fecha de adjudicación

3.- Aclaraciones

Conforme lo establece el artículo 2 de la Resolución No. 20 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública el 12 de mayo de 2009, dentro del término establecido en la convocatoria que no podrá ser menor a un día y mayor a tres contados a partir de la fecha de la publicación del procedimiento, los proveedores a quienes les haya llegado la convocatoria o invitación a través del portal, podrá realizar preguntas sobre el contenido de los Pliegos de Condiciones a la entidad contratante. Estas preguntas serán formuladas por los proveedores a través del sistema, la entidad podrá observar la pregunta, sin que pueda conocer qué proveedor la está realizando, es muy importante señalar esto, pues es en este caso, en donde sale a la luz el principio de la igualdad en este procedimiento, pues la respuesta a tal o cual pregunta, independientemente de quien la realiza, será conocida por todos los oferentes participantes.

El inciso segundo de la Resolución antes citada, señala:

“La Comisión Técnica, en un término mínimo de 1 día y máximo de 3 días, contados a partir de la fecha límite para recibir las preguntas, emitirá las respuestas o aclaraciones, las cuales podrán modificar los pliegos, a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, sin que éstas modificaciones alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial. Todas las respuestas y aclaraciones, impliquen o no modificaciones a los pliegos, se deberán notificar a todos los participantes en la subasta a través del portal.”³⁰

³⁰ www.compraspublicas.gov.ec, Resolución No. 20 de 12 de mayo de 2009.

Del texto citado podemos observar que es la Comisión Técnica la encargada de responder a las preguntas solicitadas por los proveedores, es el artículo 18 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el que señala lo siguiente:

“Art. 18.- Comisión Técnica.- Para cada proceso de contratación de:
1. Consultoría por lista corta o por concurso público; **2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado;** 3. Licitación; y, 4. Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante.

Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o

sus respectivos delegados.

La Comisión Técnica designará al secretario de la misma de fuera de su seno.

La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa.

Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria del proceso.

En los procesos de subasta inversa cuyo presupuesto referencial sea igual o inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, no se requiera la conformación de la Comisión Técnica referida en este artículo.”³¹

Esta Comisión Técnica, en la práctica será la encargada de apoyarle a la entidad contratante, en las fases correspondientes a la absolución de las preguntas que hayan formulado los oferentes, así como en la fase relacionada con la calificación de los participantes. Al ser una Comisión de apoyo, ha de entenderse que los informes que esta comisión emita en cuanto a la calificación de participantes se refiere, no son vinculantes para la máxima autoridad, pues

³¹ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,..... Op. Cit., Pág. 38

ella es quien califica o descalifica a los proveedores, bajo los parámetros constantes en los Pliegos de Condiciones, esto conforme lo establece el artículo 46 del Reglamento a la Ley, cuando señala que el acta de calificación (informes de la Comisión Técnica) será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, quien de estar de acuerdo con la misma, dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.

4.- Calificación de Participantes

Una vez que la entidad contratante dentro de los términos establecidos en el calendario de fechas, haya respondido a las aclaraciones realizadas por los proveedores participantes en el procedimiento, de igual forma en el día señalado, los oferentes remitirán a través del portal sus ofertas, vale aclarar que éstas serán relacionadas única y exclusivamente con la parte técnica y legal, pues el precio, es el factor determinante en este procedimiento, el cual es enviado por los oferentes luego de que éstos hayan sido calificados para enviarlo a través del portal, acto que es conocido como “puja”. Es aquí donde se diferencian las dos fases claramente establecidas en una subasta: i) Calificación de participantes bajo los parámetros técnicos y legales de los pliegos y, ii) oferta económica a través del portal (puja).

El artículo 45 del Reglamento a la Ley, establece que en el día señalado para el efecto, la Comisión Técnica procederá a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido con las condiciones definidas en los

pliegos. El análisis de las propuestas, y el resultado de dicha calificación deberá constar en un *Acta de Calificación* en la que, según lo establece el mismo Reglamento, los participantes se individualizarán a través de códigos que impidan conocer su identidad, esta reserva establecida por el Reglamento, hace que los proveedores participantes puedan conocer quienes han sido calificados para la próxima fase y así evitar que existan posibles acuerdos previos entre ellos, en cuanto al envío de sus ofertas a través del portal, lo que hace que, se cumpla lo que establece la Ley al decir que se trata de un procedimiento en el cual los proveedores de bienes y servicios **equivalentes** pujen hacia la baja.

Ahora bien, esta acta de calificación, como ya se señaló anteriormente, será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, quien de estar de acuerdo con la misma, dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, las mismas que serán menores al presupuesto referencial. La notificación a los proveedores calificados para la presentación de las ofertas económicas iniciales se la realizará a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, sin que se de a conocer el nombre, ni el número de oferentes calificados, ni el monto de la oferta económica inicial. Es necesario señalar que la primera oferta, que debe ser inferior al presupuesto referencial, lo cual se cumple sobre la base del porcentaje establecido por la entidad, al momento de crear el procedimiento, en donde el sistema solicita se asigne un porcentaje de variación de la oferta económica inicial, el mismo que se aplicará únicamente en la primera oferta económica que se realice, con la

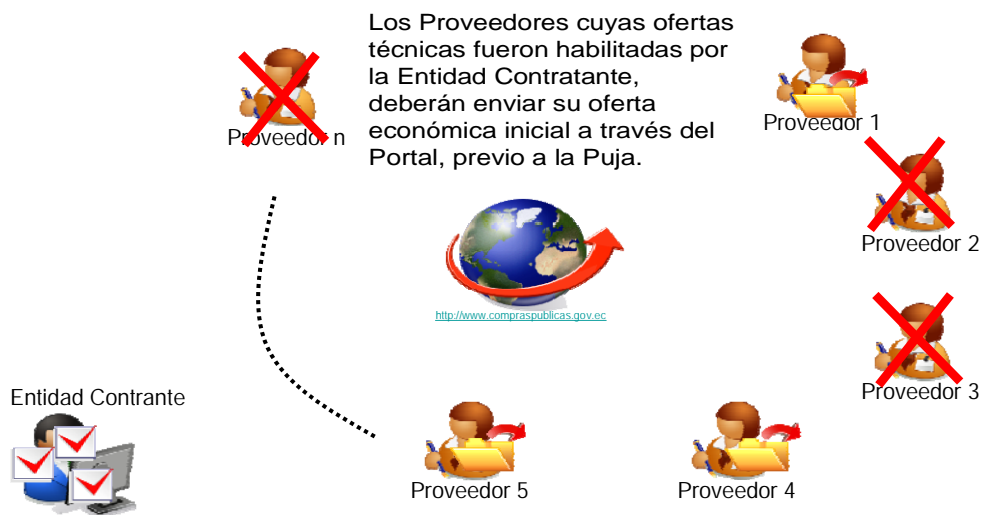
participación de los demás proveedores calificados.

Esta calificación de los participantes se hace a través del sistema, señalando en un círculo al participante que, previamente ubicado por el nombre o por el RUC, es calificado o descalificado, por la entidad según conste en el Acta de Calificación, anteriormente emitida por la Comisión Técnica y aceptada o aprobada por la máxima autoridad.

Conforme lo establece el artículo 4 de la Resolución No. 020 del INCOP, la metodología de evaluación aplicable para las ofertas técnicas, debe ser definida en los Pliegos por parte de la entidad contratante, es importante destacar esto, pues a diferencia de la Subasta Inversa, la metodología de la evaluación en otros procedimientos, tiene parámetros ya establecidos en el portal o en la Ley, como en el caso de la Licitación, o incluso en el procedimiento de la consultoría, en donde la entidad está obligada a observar dichos parámetros. En la Subasta, generalmente se establece una metodología de evaluación, determinada por el cumplimiento de los parámetros técnicos y legales que se hayan previsto en los Pliegos.

Gráficamente la calificación de los oferentes se puede ejemplificar como lo observamos en el siguiente gráfico:

SUBASTA INVERSA ELECTRONICA (Calificación)



5.- Envío Oferta Inicial

Una vez que los proveedores hayan sido calificados por la entidad contratante para la siguiente fase de la Subasta, y luego de que ellos hayan recibido su notificación, en la fecha y hora señalada por la entidad, enviarán su oferta económica inicial a través del portal, a su vez, la institución contratante no podrá observar ni conocer el nombre del proveedor que está enviando la oferta, pues como hemos explicado, en esta fase los proveedores en igualdad de condiciones, serán los adjudicatarios del contrato, únicamente en base al precio que oferten por tal o cual bien.

Conforme lo establece el inciso segundo del artículo 45 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las ofertas económicas iniciales presentadas a través del Portal

www.compraspublicas.gov.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aún cuando no participe en el acto de la puja. De no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de adjudicatario, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 19 numeral 1 de la Ley, esto es, la suspensión del RUP luego de que la entidad contratante, lo declare como adjudicatario fallido.

Hay que considerar que, conforme lo establece el artículo 5 de la Resolución No. 20 del INCOP, el término entre la publicación de inicio del proceso y la presentación de la oferta económica inicial no será menor a siete días. De lo que podemos concluir que, el tiempo máximo que podría llevar la realización de un procedimiento de Subasta Inversa, es de 10 a 15 días.

6.- Proceso de Puja

Es necesario considerar para este proceso de puja lo que establece el artículo 12 del Reglamento a la LOSNCP, cuando al referirse a la “*Hora Oficial*”, señala que para todos los actos que se generen y desarrollen a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, la hora oficial será la que marque el Portal; es por tanto, sumamente importante que los oferentes, tengan en cuenta esta norma reglamentaria, pues de minutos o segundos puede depender que se les adjudique o no el contrato.

Como ya se dejó indiacado anteriormente, la duración de la puja será establecida en los pliegos y no podrá ser menor a quince (15) minutos ni mayor

a sesenta (60) minutos, contados a partir de la hora establecida en la convocatoria. Es necesario señalar que, la duración de la puja dependerá de la complejidad del objeto del contrato y del presupuesto referencial del procedimiento, sin que en la práctica sea recomendable, que este período, supere los veinte minutos, pues la entidad contratante durante el tiempo que dure la puja únicamente será un observador más del proceso.

De igual forma es importante tener en cuenta que durante el período que dure el proceso de la puja, todos los participantes calificados podrán realizar las ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, respetando el porcentaje de variación mínimo establecido por la entidad contratante, en los Pliegos de Condiciones, así como en el portal compras públicas.

De la puja se dejará constancia en un Informe de Resultados, elaborado por la Comisión Técnica y que será publicado en el formato establecido para el efecto en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

Luego de terminado el proceso de puja, el portal genera en forma automática un cuadro final que contiene gráficamente, las variaciones sucesivas de las ofertas económicas enviadas por los oferentes durante el período de la puja.

Ahora bien, debemos manifestar que, finalizada la puja el sistema permite observar al proveedor que ha ofertado el menor precio por el bien o servicio que se está subastando, y por tanto el nombre de la empresa o

persona particular que ha enviado la oferta económica más baja, sin que esto signifique, que obligatoriamente la entidad contratante debe adjudicarle el contrato, pues conforme lo establece el artículo 32 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la máxima autoridad de la entidad contratante la que finalmente decide si se adjudica o no el contrato.

7.- Adjudicación

Conforme se dijo en el párrafo anterior, el artículo 32 de la Ley, en concordancia con el artículo 47 del Reglamento a dicha Ley, *“la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, una vez concluido el período de puja, de ser el caso, adjudicará o declarará desierto el procedimiento, mediante Resolución, de conformidad con la Ley.”*³²

Explicado el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de la Subasta Inversa, me parece importante, manifestar que, la etapa previa en este proceso, es lo más importante, es decir debemos tener elaborados los Pliegos de Condiciones, los mismos que deben ser aprobados por la entidad contratante; se deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, **bienes y servicios** que se pretenden contratar; no se podrá afectar al trato igualitario que la entidad debe dar a los proveedores, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo

³² Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.....Op. Cit. Pág. 23

justificación funcional; debemos contar previamente con el Presupuesto Referencial y adicionalmente con el respectivo calendario del proceso.

Y obviamente es recomendable que, antes de ingresar al sistema para generar el procedimiento de Subasta Inversa, se tengan en cuenta los siguientes elementos:

- Código del bien, claramente identificado en el Clasificador Central de Productos.
- Presupuesto referencial.
- Código del Proceso.
- Certificación Presupuestaria.
- Pliegos aprobados.
- Fecha y hora de Publicación.
- Fecha y hora límite Preguntas, Respuestas.
- Fecha y hora inicio de Puja (Tiempo de Puja-Máximo 60 minutos)
- Presupuesto referencial unitario.
- Unidad de medida.
- Pliegos y otros documentos digitalizados.
- Porcentaje de variación de ofertas en Puja.
- Forma de pago.
- Tiempo de entrega.
- Vigencia de ofertas.
- Fecha estimada de adjudicación.

8.- Declaratoria de desierto del procedimiento

En un procedimiento de Subasta inversa, la declaratoria de desierto del mismo, tiene en común las mismas causales estipuladas en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las cuales se aplican, siempre antes de la adjudicación, estas causales según la norma citada son las siguientes:

1. *“Por no haberse presentado oferta alguna;*
2. *Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;*
3. *Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,*
4. *Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.”*³³

Cabe manifestar que, actualmente, el Reglamento vigente retomó el procedimiento para adjudicar el contrato, en el caso en el cual, luego de la calificación de los parámetros técnicos y legales quedare habilitado un solo oferente, como sabemos, la normativa inicialmente vigente establecía que en el caso en que quedare habilitado un solo oferente para enviar sus postulaciones económicas, se debía adjudicar el contrato; posteriormente se previó la negociación directa, sin mayores resultados pues no se tuvo previsto el considerar algún porcentaje obligatorio para que el oferente puede ofertar un precio menor al de su oferta inicial.

³³ Ibídem

Actualmente, el Reglamento en vigencia, en su artículo 47 señala textualmente lo siguiente:

Art. 47.- Casos de negociación única.- No se realizará la puja, y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente, en los siguientes casos:

1.- Si existe una sola oferta técnica calificada.

2.- Si, luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

La sesión de negociación se realizará entre la entidad contratante y el único proveedor habilitado para presentar su oferta económica, en el día y hora que se señale para el efecto, dentro de un término no mayor a tres días contados desde la fecha establecida para la realización de la puja. El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado.

En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, para lo cual tomará en cuenta, sin que sean exclusivos, los siguientes elementos:

1. Precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.

2. Proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar.

3. *Información sobre el precio del bien o servicio que se pueda obtener de otras fuentes como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras.*

4. *En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.*

Este procedimiento de verificación de las condiciones de mercado del bien a contratar es de absoluta responsabilidad de la entidad contratante, la que en caso de omitir el mismo estará sujeta a las responsabilidades que establezcan las entidades de control.

De la negociación se dejará constancia en un acta que se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

La negociación alcanzada no significa adjudicación de contrato.³⁴

De lo expuesto se concluye, que actualmente, en el caso ya señalado anteriormente, se realizará una negociación única con el oferente calificado, sin embargo, esta vez, para la negociación se tendrán en cuenta los parámetros ahí establecidos, y de los cuales el más importante es aquel en el cual se obliga al oferente a rebajar su oferta en al menos el 5% del presupuesto referencial, lo cual hace que el Estado ecuatoriano de una u otra forma consiga un ahorro en este procedimiento.

³⁴ *Ibíd*em

De otro lado, conforme consta en el portal compras públicas, y de las investigaciones realizadas en el Instituto Nacional de Contratación Pública, la subasta inversa actualmente, cumplirá un nuevo rol fundamental dentro de las adquisiciones estatales: el incentivar la producción nacional y favorecer las economías.

El Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), dando cumplimiento al mandato constitucional de priorizar los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, y basado en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional y promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley; se encuentra trabajando en la implementación de la subasta inversa electrónica que cumpla con estos mandatos. La subasta inversa cumplirá un nuevo rol fundamental dentro de las adquisiciones estatales: el incentivar la producción nacional y favorecer las economías; para ello el INCOP, tomó en consideración dos aspectos:

- 1.- El establecer el origen del bien o servicio, de acuerdo a recomendaciones formuladas por el Ministerio de Industrias y Productividad, y
- 2.- Establecer el tamaño de empresa, de acuerdo a la información proporcionada por los proveedores en el Registro Único de Proveedores.

Es necesario además señalar que, los nuevos pliegos para la subasta inversa, toman en cuenta el agregado nacional así: un bien deberá tener un agregado nacional de al menos el 40%, mientras que un servicio deberá tener al menos un 60%. Con estas acciones el Gobierno Nacional a través del INCOP, pretende dar el empuje a las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales para que incrementen sus economías.

Concluyendo diremos que, el procedimiento de la Subasta Inversa es uno de los procedimientos más ágiles y efectivos que ha previsto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por eso denominado, en dicha Ley, como uno de los procedimientos dinámicos, que además del ahorro en el tiempo previsto para su realización, permite a la entidad ahorrar sus recursos y optimizar su utilización en otras inversiones.

2.4.- Ventajas y Desventajas

Me parece importante manifestar que este procedimiento dinámico, como su nombre lo indica, es uno de los más utilizados por las instituciones públicas, desde su tipificación en la nueva Ley de Contratación Pública. Según datos del portal oficial de la contratación pública ecuatoriana, durante los primeros tres meses de aplicación de la Ley (agosto-octubre 2008)³⁵, cerca del 90% de las entidades que aplicaron la Ley, lo hicieron con el fin de adquirir bienes o servicios con la aplicación de este procedimiento.

³⁵ www.compraspublicas.gov.ec

El tratadista ecuatoriano Cristóbal Vaca, analizando el procedimiento de la Subasta Inversa, y al referirse a las ventajas que este procedimiento permite obtener señala lo siguiente: *“Como consecuencia de la aplicación de la Subasta Inversa podemos encontrar las siguientes ventajas; a) Importantes ahorros económicos, b) Sensible disminución de tiempo, confidencialidad entre los participantes, c) Adjudicación Inmediata.”*³⁶

De lo expuesto podemos manifestar que, al hablarse de la confidencialidad de los participantes, nos referimos a la aplicación del principio de “igualdad”, que conforme se señaló en capítulos anteriores, es muy visible cuando de la aplicación de la subasta inversa hablamos, pues si las entidades contratantes desconocen al o los oferentes que están ofertando tal o cual bien, finalmente, dichos proveedores, en igualdad de condiciones pueden ser adjudicatarios del contrato, dependiendo del precio que éstos ofrezcan, que al final del procedimiento, los diferencia.

Así mismo, los autores ecuatorianos, Nelson López y Libia Rivas, ya citados con anterioridad, al analizar la Subasta Inversa y refiriéndose a las ventajas que con la aplicación de este procedimiento se pueden obtener, señalan: *“Cuando las instituciones públicas hacen uso de la Subasta inversa electrónica logran un enorme ahorro en el tiempo que toma la realización del procedimiento, claro obteniendo así mismo un ahorro económico, existe*

³⁶ Vaca, Cristóbal: *Fundamentos de...* Op. Cit Pág. 123

*transparencia y publicidad, aumenta el número de participantes y se reducen los errores de las ofertas.*³⁷

En esta parte, de igual forma podemos observar, que dentro de las ventajas que se obtienen cuando una entidad aplica la Subasta Inversa, encontramos a su vez a dos principios que siempre van de la mano, y que fueron ya analizados en un inicio, y me estoy refiriendo a la publicidad y transparencia; los cuales a su vez hacen que las entidades contratantes tengan un mayor número de proveedores, pues los procedimientos son públicos; y de otra parte hace que la inversión de sus recursos esté a la vista del primer mandante a nivel de un gobierno, el pueblo.

Los Pliegos de Condiciones ya no tienen costo, y los oferentes no deben ni están obligados a obtener registros de proveedores en cada cantón o provincia donde pretendan ofrecer sus productos, ahora todos los procedimientos, e incluso las herramientas que los oferentes deben utilizar para participar en un procedimiento, están a su disposición en la página compras públicas, cualquier persona puede acceder y conocer sobre su contenido, haciendo que dicho procedimiento sea absolutamente transparente.

La subasta inversa, en su aplicación, según lo señala Inés María Baldeón, una de las profesionales que participó en el procedimiento de la construcción de la nueva Ley de Contratación Pública, consigue que se presenten una serie de ventajas, entre las cuales cita las siguientes:

³⁷ López Nelson y Ribas Libia: *Interrogantes y...* Op. Cit. Pág. 126.

1.- *“Importantes ahorros para la entidad contratante por reducción del precio.*

2.- *Sensible disminución de tiempo del proceso contractual.*

3.- *Confidencialidad garantizada entre los participantes, en los procesos de subasta inversa electrónica, es bastante difícil conocer quienes participan como oferentes.*

4.- *Adjudicación inmediata, se realiza al final del acto de la puja y de forma totalmente objetiva, pues se adjudica el contrato a quien terminó ofertando el precio más bajo.*

5.- *Transparencia y publicidad.*

6.- *Aumenta el espectro de potenciales proveedores.*

7.- *Reduce los errores de las ofertas.*

8.- *Despersonaliza la oferta, evitando posibles tratos a favor con el proveedor habitual.”³⁸*

Es el mismo portal oficial de compras públicas el que reconoce las ventajas o beneficios de la Subasta Inversa, al manifestar que esta herramienta, hace posible que las entidades contratantes, es decir, el Estado

³⁸ Baldeón, Inés María: *La Subasta Inversa*. Op. Cit. Pág. 36.

ecuatoriano, obtengan: “a) Ahorros por reducción de precio como resultado de la subasta inversa; b) Considerable disminución de tiempo del proceso contractual; c) Confidencialidad garantizada entre los participantes; d) Adjudicación inmediata; e) Documentación que transparenta el proceso.”³⁹

En países en donde este procedimiento, ya ha venido siendo utilizado, también se habla de las ventajas que al aplicar este procedimiento, se obtienen, estas ventajas son citadas por Alejandro Álvarez, quien manifiesta:

“La modalidad de selección de proveedores por subasta inversa involucra una serie de beneficios en la contratación pública, tanto para las Entidades como para los proveedores, que se pueden resumir en las siguientes:

Beneficios para el Estado a) Permitirá a las Entidades del Estado racionalizar sus recursos, obteniéndose ahorros en tiempo, dinero y recursos humanos. b) Posibilidad de efectuar las adquisiciones o contrataciones de manera oportuna. c) Facilitará el control y la supervisión de las contrataciones efectuadas por las diversas Entidades del Estado.

*Beneficios para los proveedores a) Fomenta la participación de proveedores de diferentes localidades a nivel nacional e internacional. b) Mayor transparencia de las contrataciones, lo que generará una mayor confianza en el sistema. Reducción de costos burocráticos de los procesos de selección.”*⁴⁰

³⁹ www.compraspublicas.gov.ec

⁴⁰ Álvarez, Alejandro: *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento...* OP. Cit. Pág. 23.

Como vemos, también los proveedores obtienen beneficios al participar en un procedimiento de Subasta Inversa, pues ahora, todos los proveedores que estén inscritos en el Registro Único de Proveedores pueden participar sin tener obstáculo alguno, como los que con el sistema tradicional aplicado hasta antes de la publicación de la nueva Ley, se producían, en donde estaban obligados a cancelar porcentajes o valores por concepto de la adquisición de los Pliegos de Condiciones, requisitos indispensables para su participación en tal o cual procedimiento; hoy estos Pliegos no tienen costo alguno y están a la disposición en la página web a la que tienen acceso con solo ingresar al sistema informático.

De igual forma, cabe manifestar que con la nueva Ley, los proveedores interesados en participar, no solo en un procedimiento de Subasta Inversa, sino en cualquiera de los que están previstos en la Ley, lo pueden hacer sin necesidad de acudir a la entidad contratante a entregar sus ofertas, adquirir las bases (hoy Pliegos de Condiciones), y porqué no decirlo, a sabiendas de que eran las grandes empresas las que siempre serían las adjudicatarias de los contratos, pues en algunos casos ni siquiera les era posible la adquisición de las bases, sin las cuales no podían participar en un procedimiento.

El mismo tratadista peruano, continuando con el análisis de las ventajas de la Subasta Inversa, hace una enumeración resumida de las mismas, citando las siguientes:

- *“Aumenta el espectro de potenciales proveedores pues puede invitar a proveedores alejados geográficamente.*

- *Genera ahorros en sus compras.*

- *Reduce el tiempo de negociación en un 50%.*

- *Las empresas obtienen un Retorno sobre la Inversión (ROI) hasta de 10 a 1 organizando subastas electrónicas.*

- *El 80% de los proveedores acusan una bajada de precios como resultado de las subastas.*

- *Despersonaliza la oferta evitando posibles tratos de favor entre el comprador local y el proveedor habitual.*

- *Reducen los errores de las ofertas.*

- *Racionaliza el proceso de contratación y aumenta la rentabilidad.”⁴¹*

Ahora bien, una vez que hemos explicado las ventajas que pueden encontrarse al aplicarse un procedimiento de Subasta Inversa, es necesario analizar rápidamente lo relacionado con las desventajas que podemos encontrar en su aplicación, y al respecto podemos decir que, realmente de la investigación realizada poco se habla de este tema, pues como hemos visto, son más las ventajas que se consiguen aplicando este procedimiento,

⁴¹ *Ibíd*em

antes que desventajas; sin embargo, por mi parte es necesario mencionar algunas:

- Dificultad para especificar el bien que se desea adquirir (Código del Producto).
- Adquisiciones de bienes en grandes cantidades, no es posible adquirir un solo bien.
- Individualización de cada uno de los bienes que se pretende adquirir, lo que implica crear en el sistema, una subasta por cada bien.
- Obligación de declarar desierto el procedimiento en caso de existir un solo oferente.
- Confusión en la aplicación del concepto de normalización de bienes y servicios.
- Problemas constantes en el uso del portal al momento de la creación del procedimiento, e incluso en la realización de la puja.

En realidad, hablar de desventajas en la aplicación de un procedimiento de Subasta Inversa es centrarse específicamente, en la Subasta Electrónica, pues en la práctica, podríamos decir que el uso del sistema informático en un

inicio ocasionó que muchas de las entidades contratantes no apliquen este procedimiento, pues las deficiencias del sistema se lo impedían.

Se habla de la dificultad en la identificación del bien, pues al momento de generar o crear un procedimiento de subasta inversa en el portal, es indispensable seleccionar, a través de códigos, el producto o servicio que se desea adquirir, lo cual implica una búsqueda exhaustiva en el Clasificador Central de Productos, en donde se encuentran los bienes y servicios codificados con estándares internacionales, sin embargo estos códigos, en innumerables ocasiones no coinciden con lo que se está pretendiendo adquirir.

De la corta experiencia, respecto de la asesoría brindada en la realización de Subastas Inversas, me permito comentar que el desarrollo de estos procedimientos no está exento de dificultades, generadas por deficientes programaciones, entre las cuales podemos citar la falta de capacitación de los funcionarios (en los primeros meses de aplicación de la Ley), y también por los propios proveedores, quienes en muchas ocasiones retrasan los procesos sin mayor sustento o incumplen con las condiciones contractuales. Lo antes indicado ocasiona que – en algunos casos – las Entidades se vean imposibilitadas de adquirir o contratar los bienes o servicios de manera eficiente, es decir, de forma oportuna y con la calidad requerida.

Sin embargo, luego de hacer una comparación entre las ventajas y desventajas que respecto del procedimiento de Subasta Inversa se presentan, podemos concluir que, con la implementación del Sistema Nacional de

Contratación Pública, establecido en la nueva Ley, son en un número mayor las “ventajas”, las que podemos visibilizar con mayor facilidad, como producto de la aplicación de una Subasta como procedimiento dinámico.

2.5.- Legislación Comparada

Al analizar la legislación que en países vecinos se aplica en cuanto a la nueva era de la Contratación Pública, me ha parecido importante hacer referencia a lo que sucede en Perú, Chile y Colombia, países de los cuales, existieron especialistas que colaboraron en la implementación del sistema que actualmente rige, en materia de contratación pública, en el Ecuador.

PERÚ

Según lo señalan los tratadistas peruanos, Jorge Aragón y Pedro Chapi, la SUBASTA INVERSA “es la modalidad de selección a través de la cual se elige a un proveedor de bienes y servicios comunes, únicamente en consideración a los precios ofrecidos.”⁴²

En Perú, existe un órgano que se encarga de controlar y supervisar las contrataciones y adquisiciones que realizan las entidades públicas, conocido con el nombre de **Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, CONSUCODE**, el mismo que constituye un organismo público descentralizado, que está adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas; y que

⁴² Aragón, Jorge Y Chapi Pedro, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Texto Único Ordenado y su Reglamento*, Ed. FECAT, Lima-Perú, Año 2006.

además goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Lo podemos comparar con el Instituto Nacional de Contratación Pública existente en nuestro país desde la vigencia de la nueva Ley, con la diferencia de que, en el Ecuador el INCOP no está adscrito a ningún Ministerio, es un organismo con plena autonomía, conforme lo establece el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el mismo que establece que el Instituto Nacional de Contratación Pública, es un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.

Ahora bien, la legislación del Perú también contempla un Sistema Global de Contratación Pública, como el que en el Ecuador existe, me refiero al Sistema Nacional de Contratación Pública, en Perú denominado “*Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado*”, este Sistema informático permite tener a la vista de los proveedores y entidades contratantes, la siguiente información:

- Planes Anuales de Contratación
- El Registro Nacional de Proveedores - RNP
- Convocatorias y Pliegos de Condiciones (Bases)
- Absolución de consultas y observaciones a las Bases
- Resultados del proceso y adjudicación del contrato
- Impugnaciones y arbitrajes o conciliaciones

- Ejecución del Contrato
- Contratación electrónica
- Veedurías ciudadanas
- Enfoque preventivo (controles internos).

El **CONSUCODE**, cumple algunas funciones en cuanto se refiere a la aplicación de los procedimientos de contratación pública previstos en ese país, entre las cuales podemos citar las siguientes:

- Regula y supervisa adquisiciones y contrataciones que realizan las entidades públicas.
- Vela por cumplimiento y difusión de la normatividad. Goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.
- Supervisa todo proceso de contratación.
- Desarrolla, administra y opera:

El Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado
- SEACE.

El Registro Nacional de Proveedores – RNP

- Resuelve Recursos de Apelación y aplica sanciones a proveedores, a través del Tribunal.

- Absuelve consultas.

- Comunica a la Contraloría sobre irregularidades.

Como podemos observar, las reformas implementadas en nuestro país en cuanto se refiere a contratación pública, son casi similares a las que rigen en el Perú, son por lo tanto, también similares los procedimientos que en ese país se aplican, en Perú también se habla de la Subasta Inversa, la misma que según Jorge Aragón:

“Es un procedimiento contractual con el cual se adquieren bienes bajo la modalidad de la mejor oferta en precio, sin dejar a un lado, la calidad y eficiencia del bien que se compra, con este procedimiento las instituciones públicas, obtienen ahorros considerables en cuanto sus recursos, actuando con transparencia, mayor eficiencia, agilidad y flexibilidad en la contratación.”⁴³

En el Perú las entidades que conforman el aparato estatal deben desarrollar procedimientos de cumplimiento obligatorio a efectos de adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar obras en las mejores condiciones, pero a la vez garantizando el respeto de los principios que rigen la contratación gubernamental, con especial atención en el de transparencia, libre competencia, y trato justo e igualitario; en el entendido que se están empleando recursos públicos con el objetivo de satisfacer finalidades publicas.

⁴³ Ibídem

Tales situaciones impulsaron a que la vigente normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, incluyera modalidades especiales para la selección de proveedores con la finalidad de optimizar su gestión, como son las Compras Corporativas, el Convenio Marco y la *Subasta Inversa*, presencial o electrónica; las mismas que tienen su origen en el intercambio de experiencias con los países de la región, específicamente Chile y Brasil, y en el uso de tecnologías de la información.

Por definición, una subasta, “es un mecanismo de transacción económica por el que se determina la asignación de recursos (ya sea un bien o servicio), tomándose como referencia el precio, el cual aumentará o disminuirá en función a las pujas efectuadas por los potenciales compradores o vendedores. De los diversos tipos de subasta existentes, la que nos interesa para efectos del presente trabajo es la denominada subasta en reversa, llamada también “subasta inversa”, conforme a la cual los probables compradores elaboran una lista de bienes o servicios que desean adquirir o contratar, definiendo sus características y especificaciones, sobre los que los potenciales vendedores ofertarán su mejor precio, efectuándose la puja hacia la obtención del precio más bajo posible.”⁴⁴

El artículo 90 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado Peruano define a la Subasta Inversa de la siguiente manera:

“La Subasta Inversa es la modalidad de selección por la cual una Entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte

⁴⁴ Álvarez, Alejandro: *Normas aplicables...* Op. Cit. Pág. 47

el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica.”⁴⁵

De lo transcrito podemos observar que la modalidad de adquisición de bienes o servicios en Perú es la misma que se aplica actualmente en nuestro país, con la pequeña diferencia de que en el país vecino, se habla de bienes “*comunes*”, y es la misma norma la que señala que se consideran bienes o servicios comunes, aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, tiene patrones de calidad y de desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan.

En nuestro país los bienes y servicios normalizados resultan de la estandarización que haga cada una de las entidades contratantes en los Pliegos de Condiciones, sin embargo, tanto en el Perú como en el Ecuador, la Subasta Inversa procederá para adquirir bienes o servicios normalizados o comunes.

Luego de haber hecho una pequeña introducción sobre el sistema de contratación pública que rige al Perú, y de haber dado algunas definiciones de lo que es la Subasta en ese país, entremos a hacer un pequeño resumen del

⁴⁵ www.osce.gob.pe, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

procedimiento de la Subasta Inversa, para lo cual nos permitimos señalar lo siguiente:

1. El proceso de selección se desarrolla íntegramente a través del módulo transaccional del SEACE, desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena propuesta.

2. En la propuesta económica el proveedor deberá indicar su oferta inicial, el monto de decremento y el monto mínimo que está dispuesto a ofertar. En función a su oferta inicial el sistema le asignará el turno en que la aplicación electrónica efectuará los lances de manera automática a través de agentes electrónicos.

3. Una vez efectuados los lances con agentes electrónicos, el sistema registrará los resultados finales en esta etapa, los que constituirán los precios base para el inicio de la mejora de precios.

4. En la etapa de mejora de precios los participantes podrán formular lances en línea y en tiempo real, visualizando su oferta y la oferta con monto mínimo vigente en dicho momento.

5. Al concluir la mejora de precios, el sistema le asignará a cada proveedor el puntaje que les corresponda. Luego, el Comité Especial deberá evaluar la documentación únicamente del proveedor con mejor puntaje, y en

caso de estar conforme le adjudicará el contrato, caso contrario, evaluará la documentación del postor que ocupó el segundo lugar, y así sucesivamente.

6. Acto seguido, el sistema emitirá el acta de adjudicación en el que constarán todas las ocurrencias del proceso de selección.

7. La información de la gestión de la subasta inversa electrónica será de acceso público, con lo que la colectividad en su conjunto tendrá la posibilidad de visualizar y fiscalizar el uso de los recursos públicos.

En la actualidad en la página web del SEACE se encuentran publicadas las fichas técnicas de 493 productos, entre los que tenemos medicamentos, alimentos, útiles de escritorio, combustible, mobiliario escolar, conductores eléctricos, entre otros; listado que se incrementará de manera exponencial, dado el éxito que el uso de la Subasta Inversa está representando para las compras gubernamentales en el Perú. En cuanto a los servicios, se encuentra en proyecto la ficha del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), servicio que es estándar en la medida que sus prestaciones se encuentran determinadas claramente por Ley. Durante el año 2006 se han efectuado operaciones empleando la subasta inversa por un monto aproximado de USD. 200'000,000.00 y en los meses de enero y febrero de 2007 operaciones cerradas por el monto de USD. 30'000,000.00, con un porcentaje de ahorro del orden del 6% tomando como referencia el precio de convocatoria.

Como podemos observar, tanto el procedimiento, como las estadísticas que aparecen publicadas en la página web oficial del Perú, nos recuerdan a lo

que está sucediendo actualmente en el Ecuador, dejando constancia de que en nuestro país, el nuevo sistema de contratación pública entró a ser obligatorio desde la publicación de la nueva Ley en el mes de agosto del año 2008.

Para finalizar, me parece interesante hacer referencia a lo que se recoge en la página de compras públicas del Perú www.osce.gob.pe, en cuanto a la implementación del nuevo sistema de contratación pública:

“REFORMA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

- REFORMA HORIZONTAL: “NUEVA LEY”
 - Simplificación de procedimientos
 - Énfasis en utilización de nuevas modalidades
 - Mayor uso de la tecnología
 - Capacitación y acreditación de funcionarios (nuevas mallas curriculares para Diplomados)
 - Adecuación a estándares internacionales
 - Adopción de instrumentos e indicadores acordes a la realidad peruana.

MEJORAMIENTO DE LA PLANIFICACIÓN Y EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA

- Mayor sincronización entre los Sistemas de Contrataciones (SEACE) y de Presupuesto (SIAF), en base al trabajo conjunto del CONSUCODE y el MEF.
- Incremento de la capacidad de las Entidades para la ejecución eficiente y eficaz de sus presupuestos y programas.
- Facilitar el uso descentralizado de los fondos públicos

ENFOQUE PARA EL ÉXITO DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

- Subasta Inversa (Presencial y Electrónica)
- Convenios Marco (Directamente, a través del Catálogo)
- Compras Corporativas (Obligatorias y Facultativas)
- Contrataciones electrónicas (SEACE)
- Desconcentración de Funciones de CONSUCODE
- Programa de Capacitación y Certificación

DESARROLLO DE HERRAMIENTAS PARA FACILITAR LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA.

- Bases estandarizadas
- Manuales de usuarios
- Sectoristas por cada Ministerio
- Directivas de complementación y orientación
- Sistematización de documentos:
 - Resoluciones del Tribunal
 - Pronunciamientos sobre observaciones a Bases
 - Opiniones que absuelven consultas
 - Laudos arbitrales⁴⁶

CHILE

En Chile, el 29 de agosto de 2003, cambió radicalmente la manera en que ese Estado realizaba sus compras públicas, con la entrada en vigencia de

⁴⁶ www.osce.gob.pe

la *Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios* (Ley N° 19.886), más conocida como Ley de Compras Públicas.

Con esta ley, Chile creó la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y la eficiencia de las compras, preservar la igualdad de competencia y considerar el debido proceso. La ley contempló asimismo, la creación de un reglamento robusto y extenso, con sus normas de procedimiento y de transparencia. Este reglamento se redactó con la participación de todos los actores involucrados en los procesos de contratación del Estado y se encuentra en vigencia a contar del 24 de octubre de 2004.

Según la información que consta en la página oficial de compras públicas de Chile, la Ley de Compras Públicas es una Ley Marco con un cuerpo normativo flexible y con reglas básicas de transparencia y procedimientos de las compras y contrataciones, se señala en esa página oficial que la Ley entre otros avances, hace efectivos los siguientes:

- “Regula el mercado de las Compras Públicas.
- Crea la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y la eficiencia en las Compras y Contrataciones Públicas.
- Preserva la igualdad de competencia y no discriminación.
- Considera el debido proceso.
- Contempla la creación de un Reglamento robusto y extenso, con Normas de Procedimientos y de Transparencia.
- Introduce máxima transparencia y eficiencia en el mercado de las compras públicas.

- Releva el rol de la gestión de abastecimiento en la gestión global de las Instituciones del Estado.
- Produce un ahorro significativo para el Estado al aumentar la eficiencia, productividad y rapidez de los procesos de compra de los servicios públicos.
- Impulsa la digitalización de los procesos de compras de los organismos públicos con su correspondiente impacto en el comercio electrónico y posicionamiento internacional del país. Gracias a esta ley aumentarán las oportunidades de negocios para las empresas o personas naturales.

Crea nuevas instituciones:

- Dirección de Compras y Contratación Pública
- Tribunal de Contratación Pública
- Sistema Electrónico de Compras y Contratación Pública.⁴⁷

Al igual que en nuestro país y que en el país vecino de Perú, con la Ley de Compras Públicas de Chile, se crea un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, el mismo que según lo establece el artículo 19 de esa Ley, será de acceso público y gratuito. Es decir, comparable con lo que en Ecuador, es el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Igualmente, esa Ley contempla la Dirección de Compras y Contratación Pública, que de conformidad con lo señalado en el artículo 28 de la Ley de Compras Públicas Chilena, constituye un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y cuyo domicilio será la ciudad de Santiago y cuya

⁴⁷ www.chilecompra.cl

dirección superior, organización y administración corresponderán a un Director de exclusiva confianza del Presidente de la República, quien será el Jefe Superior del Servicio.

Por su parte, el artículo 30 *ibídem*, señala que son funciones de la Dirección las siguientes:

“a) Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.

b) Licitación la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas.

Sin embargo, en aquellos casos que señale el reglamento, la Dirección de Compras y Contratación Pública estará facultada para operar directamente el sistema.

c) Suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores a que se refiere el artículo 16.

d) De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco, los que estarán

regulados en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene convenios marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que éstas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos. La suscripción de convenios marco no será obligatoria para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública, respecto de los bienes y servicios que respectivamente determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones, de acuerdo a los criterios que al respecto defina el reglamento.

e) Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento.

f) Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores a que se refiere el artículo 16, otorgando los certificados técnicos y financieros, según lo establezca el reglamento.

g) Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta.

h) Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicas o digitales que se mantengan disponibles. La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá cobrar por la operación de los sistemas de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica que debe licitar, de acuerdo a lo establecido en la letra b) de este artículo.

Las tarifas señaladas precedentemente se fijarán por resolución fundada de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Las funciones señaladas precedentemente, no podrán en caso alguno limitar o restringir las facultades consagradas por leyes especiales, a los Comandantes

en Jefe de las Fuerzas Armadas, al General Director de Carabineros y al Director General de la Policía de Investigaciones.”⁴⁸

De lo transcrito se deduce que en Chile existe una Dirección de Compras, lo que equivale decir Instituto Nacional de Contratación Pública en Ecuador, cuyas funciones son también comprables con las que el órgano Chileno cumple en ese país.

Según la información que consta en el portal oficial de compras de Chile, durante sus seis años de existencia, la Dirección ChileCompra ha destacado por la excelencia de su gestión y su capacidad para avanzar más allá de los objetivos propuestos, lo cual se ha traducido en un alto nivel de acceso de la ciudadanía al Mercado Público. Asimismo, ha logrado ordenar y sistematizar un sistema esencialmente complejo, donde confluyen los infinitos intereses, demandas y necesidades de los actores que dan vida al Mercado Público, mediante el establecimiento de reglas que ayuden a mejorar la competitividad, aumentando la calidad y visibilidad de la información disponible y generando instancias de formación y capacitación de los usuarios, entre otros.

Como podemos observar, la legislación de los países citados es en su gran mayoría, similar a la que fue emitida en nuestro país con la vigencia de la nueva Ley de Contratación Pública, siendo muy enriquecedor hacer las respectivas citas. Sin embargo cabe manifestar que en Chile, según lo establece la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, dentro de las modalidades de selección de los

⁴⁸ www.cjilecompra.cl, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

proveedores con los cuales el Estado Chileno celebrará los contratos administrativos, no encontramos a la Subasta Inversa, pues el artículo 5 de esa Ley, señala: “la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. Empero, el uso de los medios electrónicos y la existencia de un sistema de contratación pública ha hecho necesaria la cita en este capítulo.

COLOMBIA

En Colombia el uso de sistemas informáticos en los procesos de contratación pública, inicia con la creación del Portal Único de Contratación que se constituye como la fase Informativa del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 066 de 2008.

Es así que el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 señala lo siguiente:

“Art. 3.- DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, **podrán tener lugar por medios electrónicos**. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional.

Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual:

a) Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;

b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;

c) Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;

d) Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.⁴⁹

⁴⁹ Ley 1150 de 2007, www.contratos.gov.co

Al igual que en nuestro país, este sistema electrónico permite la consulta de información sobre los procesos contractuales que gestionan, tanto las entidades del Estado sujetas al Régimen de Contratación establecido en el Estatuto General de Contratación, como las que voluntariamente coadyuvan a la difusión de la actividad contractual. El principal objetivo del Portal, consiste en promover la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por Internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía en general, así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el Estado, con el consiguiente impacto económico que ello genera en la pequeña, mediana y grande empresa, en los niveles locales e internacionales.

Ahora bien, la Ley 1150 de 2007, que como señalamos es la que crea el Sistema Único de Contratación, en su artículo 2, al referirse a las modalidades de selección del contratista señala lo siguiente:

“Art. 2.- DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de **procedimientos de subasta inversa** o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos.⁵⁰

De lo transcrito se puede colegir, que en el caso colombiano, la subasta inversa electrónica es usada como parte del procedimiento de selección abreviada, el cual procede para algunas causales, dentro de las cuales encontramos en el literal a), la adquisición de bienes y servicios cuyas características técnicas sean uniformes, lo que equivale decir, en nuestro país, bienes y servicios normalizados. Por su parte, el artículo 16 del Decreto Reglamentario 066 de 2008 al referirse a los bienes de características técnicas uniformes y de común utilización, señala que son bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que poseen

⁵⁰ Ibídem

las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Por bienes y servicios de común utilización entiéndanse aquellos generalmente requeridos por las entidades y ofrecidos masivamente en el mercado, en condiciones equivalentes para quien los solicite en términos de prestaciones mínimas y suficientes para la satisfacción de las necesidades de quien los adquiere.

Así mismo, como se ha explicado, en la Subasta Inversa, la cualidad más importante, luego de que los oferentes hayan sido calificados para enviar su oferta económica inicial, será “*el precio*”; lo cual también ocurre en Colombia, tal como lo establece el Decreto Reglamentario 066 de 2008, cuando en su artículo 12, al referirse al ofrecimiento más favorable a la entidad (mejor costo en bienes o servicios normalizados en Ecuador), señala: “En el caso de la adquisición de bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización el ofrecimiento más favorable corresponde a aquel que de el menor precio a la entidad.”⁵¹

La Subasta Inversa, según lo establece el artículo 18 del Decreto Reglamentario 066, es una puja dinámica efectuada presencial o electrónicamente, mediante la reducción sucesiva de precios durante un tiempo determinado, de conformidad con las reglas previstas en el presente decreto y en los respectivos pliegos de condiciones. Se indica además, que el único criterio de evaluación en la Subasta Inversa será el precio.

⁵¹ Decreto Reglamentario 066 de 2008, www.contratos.gov.co

Algo que llama la atención dentro de la normativa relacionada con la Subasta Inversa en Colombia, es lo relacionado con las fichas técnicas que la entidad contratante debe completar previo al inicio del procedimiento y que deben formar parte de los Pliegos de Condiciones, es decir que cada bien o servicio de características técnicas uniformes y de común utilización a ser adquirido mediante subasta inversa, debe tener una ficha técnica que incluirá sus características y especificaciones, en términos de desempeño y calidad cuya elaboración, como señalamos, será responsabilidad de cada entidad. Estas fichas serán almacenadas en el sistema SECOP, a fin de mantener una estadística global de las adquisiciones que realizan las entidades, en cuanto a los bienes con características uniformes.

Finalmente, cabe manifestar que, en cuanto al procedimiento de la Subasta Inversa, es similar al que se desarrolla en nuestro país, del cual podemos hacer el siguiente resumen:

Una vez que la entidad contratante ha elaborado los Pliegos de Condiciones o Bases, las cuales entre otras cosas deben contener las fichas técnicas de los bienes, a las que hicimos referencia, la entidad, verifica los requisitos habilitantes de los oferentes, luego de lo cual publicará un informe de verificación en el SECOP, en el mismo que se señalarán los proponentes que no se consideran habilitados y a los cuales se les concederá un plazo que no sea superior a cinco (5) días para que subsanen la ausencia de requisitos o la

falta de documentos habilitantes, so pena del rechazo definitivo de sus propuestas. Luego de verificados y subsanados los requisitos habilitantes, si a ello hubiere lugar, las entidades procederán a llevar a cabo la subasta dentro de los plazos fijados en los pliegos de condiciones.

Una parte del procedimiento que es diferente al procedimiento ecuatoriano, es la relacionada con la oferta, que según la normativa Colombiana, será una propuesta completa, incluyendo la información sobre la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes **y una propuesta inicial de precio**, la cual sólo será abierta al momento de inicio de la puja. Es decir que, la oferta en el caso Colombiano, incluye el PRECIO, situación que no ocurre en nuestro caso, pues el precio u oferta económica inicial, como señalamos, es enviada una vez que los oferentes hayan sido calificados por la entidad en cuanto a los aspectos técnicos y legales. En Colombia, incluso se señala que, en el caso de que el proponente no haga nuevas posturas de precio durante el certamen, el precio enviado en la oferta completa, se considerará su propuesta final.

Ahora bien, en el caso de que un sólo oferente resultare habilitado para participar en la subasta, en Colombia, la entidad deberá ampliar el plazo para la presentación de los documentos habilitantes y la oferta inicial de precio, por el término que la entidad señale en los pliegos de condiciones, el cual en ningún caso podrá ser mayor de la mitad del inicialmente previsto. Y solo en el caso de que vencido ese plazo no se alcanza la pluralidad de proponentes habilitados, la entidad adjudicará el contrato al proponente habilitado, siempre que su oferta

no exceda el presupuesto oficial indicado en los pliegos de condiciones. Como podemos recordar, en el caso de nuestra normativa legal vigente, la habilitación de un solo oferente es causal de declaratoria de desierto del procedimiento.

Como hemos podido verificar, la Subasta Inversa tanto en Ecuador, como en otros países como los ya citados, constituye un procedimiento dinámico o de selección abreviada, que permite a las entidades contratantes adquirir bienes o servicios que tengan características similares o comunes, y su aplicación tenido generalmente, una considerable aceptación de parte de la administración pública.

CAPÍTULO III

CLASES DE SUBASTA INVERSA

3.1.- Subasta Inversa Electrónica.

Hemos hecho ya un análisis exhaustivo del procedimiento, requisitos legales, procedencia de la Subasta Inversa, la hemos definido hemos analizado los principios que se presentan al aplicarla, las ventajas y también las desventajas, ahora es necesario hacer referencia a las clases de Subastas que existen de conformidad con la normativa legal vigente, y como es conocido, encontramos la Subasta Inversa Electrónica y la Subasta Inversa Presencial.

En este caso nos referiremos a la Subasta Inversa Electrónica, que como su nombre lo indica es aquella que utiliza medios electrónicos para su realización, en nuestro caso, la que se realiza a través del portal compras públicas. Vale entonces citar lo que, Roberto Dromi señala respecto de la Subasta Inversa Electrónica, así:

“La **subasta electrónica / subasta inversa** es un proceso dinámico de negociación de precios on-line entre proveedores preseleccionados para conseguir una parte del negocio. Es una manifestación del B2B (Business to Business). Se trata de un nuevo sistema de negociación en el que, en cierto modo, desaparece la relación personal con el cliente para convertirla en una negociación a través de internet. La subasta electrónica también se conoce como negociación electrónica, bajasta, subasta inversa o puja por Internet. En contra del sistema tradicional, gana el lote el que menor precio oferte. Las

subastas electrónicas han tenido un crecimiento del 75% del año 2000 al año 2003 habiéndose implantado en numerosos sectores productivos: automoción, energía, aeroespacial, contratación pública, etc.”⁵²

Como hemos señalado, la Subasta Inversa es aquella que utiliza herramientas informáticas y la sociedad de la información, la cual tiene sus antecedentes en la Revolución Industrial a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, etapa en la cual se desarrollan las máquinas conducidas por la energía del vapor. La segunda fase de esta revolución se va desarrollando en la mitad del siglo XX, donde se hace uso de la electromecánica.

La Etapa Tecnológica en que vivimos es mucho más intensa que la etapa en la que se desarrolló la Revolución Industrial, al construirse ésta como una sociedad del conocimiento, la cual está revolucionando y alterando el capitalismo surgido en otros tiempos, cambiando incluso las relaciones de producción y las estructuras sociales.

Es por ello, que a medida que la sociedad va evolucionando y perfeccionándose, utiliza más a la tecnología como herramienta para acceder a una vida más cómoda y adaptada a las necesidades del entorno, con la cual se produce una fuerte influencia en los diversos modos de vida.

En los últimos años, y en particular en la década de los noventa, la Sociedad de la Información (SI), cobró gran auge a nivel mundial,

⁵² Dromi, Roberto: *Licitación Pública*, Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina, Pág. 378

caracterizándose por mejorar las políticas públicas de la Administración. Para finales de los años 90, los medios académicos la calificaban comúnmente como: *Sociedad del Conocimiento o Sociedad del Saber*, evocando de esta manera una etapa posterior a la era de la información, a la que se llegaría por medio de las oportunidades que representan los medios y la humanización de las sociedades actuales. Pero varias tendencias han propiciado para que se adopte la denominación: “Sociedad de la Información, del Conocimiento y de las Comunicaciones”. El fundamento de la propuesta radica en que el desarrollo tecnológico y sus usos conforman actualmente un escenario para la circulación y la producción de conocimientos de diferentes campos.

Al hablar de la Subasta Inversa Electrónica es necesario referirse al Gobierno Electrónico, el cual está tomando auge en nuestro país, y que es un concepto que fue considerado como base fundamental para la emisión de la actual Ley de Contratación Pública. El Gobierno Electrónico es conocido como e-government, e-gobierno o e-gov, el cual permite que el Estado cumpla con la voluntad de sus administrados expresada desde la propia ley. A través del Gobierno Electrónico se crean procesos de comunicación y se emplean las tecnologías de la comunicación e información (TIC), con la finalidad de desarrollar procesos internos del gobierno y entregar nuevos servicios a los ciudadanos de manera eficiente. Dentro de estos parámetros se desarrolla la denominada Subasta Inversa Electrónica.

El uso de procedimientos electrónicos para fortalecer las adquisiciones gubernamentales es uno de los ejes de la transformación del Estado

contemporáneo, los cuales permiten la productividad y competitividad de las actividades estatales que buscan generar confianza de los ciudadanos hacia su gobierno. La provisión de los servicios públicos tiene una tendencia generalizada, y es el uso del gobierno electrónico, permitiendo de parte de la Administración Pública, el reconocimiento sobre los procesos que se deben transformar tanto en las relaciones internas y externas usando tecnologías modernas que la provean de buenos servicios, los cuales deberán ser regulados por la creación de leyes y de otras acciones.

Es en base al e-gobierno, que se ha creado el portal oficial actual de compras públicas, pues el Gobierno Electrónico, realiza sus operaciones con el uso de las herramientas tecnológicas, entre ellos, los portales electrónicos, los cuales ofrecen información y servicios en línea de manera interactiva con el público, y es a través del sistema informático que actualmente, el Estado a través de sus instituciones, adquiere bienes y servicios, en beneficio de la sociedad en general.

La tendencia del gobierno electrónico es internacional, al igual que su desenvolvimiento en el sector público, es la oportunidad para que el gobierno sea ágil y transparente en sus operaciones y funcionamiento. La transparencia del gobierno más que una medida anti-corrupción, favorece a que el gobierno tome decisiones justas, enriquezca el conocimiento y que la gente obtenga información de primera mano, veraz, confiable y certificada por quienes la emitan.

Las nuevas herramientas tecnológicas de la comunicación e información han cobrado gran interés desde que fueron proyectadas para los gobiernos como elemento de apoyo esencial y fundamental para la realización de los fines estatales. Son un paso estratégico para lograr cumplir con una serie de metas a nivel educativo, cultural y político-económico (basadas en ordenadores, circuitos integrados, satélites, redes y la computadora), que no sólo utilizan los medios de comunicación, los transforman y cambian, sino que dan lugar a nuevos sistemas de información, guardando grandes bancos de información, y con una rapidez que muchas veces termina siendo desaprovechada en un corto tiempo.

Es en base al gobierno electrónico que en los países vecinos también se construyeron los nuevos modelos de contratación pública, es así que el modelo contractual colombiano, también reconoce las dos formas o clases de Subastas Inversas, y es así que en el artículo 23 del Decreto Reglamentario 066, se refiere a las modalidades de la Subasta Inversa, señalando que ésta podrá tener una de las siguientes modalidades:

a) Subasta inversa electrónica, caso en el cual la misma tendrá lugar en línea a través del uso de recursos tecnológicos; y,

b) *Subasta inversa presencial*, caso en el cual los lances de presentación de las propuestas durante ésta se harán con la presencia física de los proponentes y por escrito.

Es la misma norma la que continúa señalando que en desarrollo de la adquisición de bienes o servicios de características técnicas uniformes o de común utilización a través de subastas inversas, las entidades usarán la modalidad electrónica, **salvo que el jefe de la entidad certifique que no cuentan con la infraestructura tecnológica para ello**, caso en el cual podrán llevar a cabo los procedimientos de subasta de manera presencial, sin perjuicio de las verificaciones que al respecto efectúe el Ministerio de Comunicaciones. En el caso ecuatoriano, en cambio, es el INCOP el que debe certificar la imposibilidad de que la entidad contratante pueda efectivamente hacer uso de las herramientas informáticas previstas en el portal para llevar a cabo la Subasta Inversa Electrónica.

Incluso la normativa colombiana, establece que en caso de que el SECOP no ponga en operación la plataforma tecnológica para la realización de subastas electrónicas, las entidades podrán contratar con terceros su realización. En este último caso la solución contratada por la entidad deberá generar reportes sobre el desarrollo del certamen en los formatos y parámetros tecnológicos señalados por el administrador del SECOP, así como realizar en éste último la totalidad de las publicaciones a que se refiere la presente subsección; hecho que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha previsto.

Claro está, que en la Subasta Inversa Electrónica, los oferentes que resultaren habilitados para participar en la subasta presentarán sus ofertas de precio electrónicamente, usando para el efecto las herramientas tecnológicas previstas en el portal compras públicas. Sin embargo en el tema específico de la conexión del proveedor con el sistema, nuestro ordenamiento jurídico es muy general, sin que se prevean supuestos que pueden suceder, tales como la desconexión del sistema, en el momento de la puja electrónica, o envío de dos ofertas económicas similares, lo cual sí es previsto en la normativa colombiana, en donde se establece, en relación con lo indicado, que si en el curso de una subasta dos o más proponentes presentan una postura del mismo valor, se registrará únicamente la que haya sido enviada cronológicamente en primer lugar.

A su vez el artículo 28 del Decreto Reglamentario 066 de 2008, al hablar de las fallas técnicas ocurridas durante la subasta inversa electrónica, señala lo siguiente:

“Si en el curso de una subasta electrónica inversa se presentaren fallas técnicas imputables al SECOP o a la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, que impidan que los proponentes envíen sus propuestas, la subasta será cancelada y deberá reiniciarse el proceso. Sin embargo, la subasta deberá continuar si la entidad pierde conexión con el SECOP o con la empresa a cargo de la operación tecnológica de la subasta, siempre que los proponentes puedan seguir enviando sus propuestas normalmente.

Si por causas imputables al proponente o a su proveedor de servicio de Internet, aquel pierde conexión con el SECOP o con el operador tecnológico de la subasta, no se cancelará la subasta y se entenderá que el proveedor desconectado ha desistido de participar en la misma, salvo que logre volver a conectarse antes de la terminación del evento.

La entidad deberá contar con al menos una línea telefónica abierta de disponibilidad exclusiva para el certamen que prestará auxilio técnico a lo largo de la subasta para informar a los proponentes sobre aspectos relacionados con el curso de la misma.”⁵³

Finalmente, es necesario referirse a la firma electrónica del contrato en lo que a la Subasta Inversa Electrónica se refiere la legislación del vecino país de Colombia, y es que en Colombia la suscripción del contrato se realiza de igual forma por medios electrónicos, para lo cual el representante legal o apoderado del proponente ganador firmará el contrato y sus anexos y los enviará al SECOP y a la entidad, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en los pliegos de condiciones. En este caso, la remisión del contrato firmado electrónicamente se hará al correo electrónico que la entidad haya señalado en los pliegos de condiciones. Hecho sumamente significativo si hablamos del uso de herramientas informáticas, pues el tema de la firma electrónica, también está tomando fuerza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁵³ Decreto Reglamentario.... Op. Cit.

De lo transcrito, podemos concluir que Subasta Inversa Electrónica, como su mismo nombre lo indica, es aquella que sobre los parámetros ya analizados, hace uso de las herramientas informáticas que se encuentren disponibles en el portal oficial.

3.2.- Subasta Inversa Presencial.

La Subasta Inversa Presencial se encuentra prevista en las Disposiciones Transitorias del Reglamento General de la nueva Ley de Contratación Pública, y es en general, una excepción a la regla, pues los procedimientos dinámicos de los que habla la Ley, son esencialmente aquellos que para su aplicación hacen uso del sistema informático creado con la actual Ley, y solo en el caso de que esto no sea posible, es procedente la aplicación de las Subastas Inversas Presenciales.

Es así que la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento a la Ley, establece que si por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el INCOP no fuera posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados a través de catálogo electrónico o de subasta inversa electrónica, se realizará un proceso de adquisición a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal www.compraspublicas.gov.ec. Es esta misma norma la que establece el procedimiento que se debe observar para llevar adelante una Subasta Inversa Presencial, y al respecto señala:

1. En lo que sea aplicable, se observará lo dispuesto en el artículo 44 y

siguientes de este Reglamento General que regulan la Subasta Inversa Electrónica.

2. Oferta económica inicial.- Los oferentes calificados presentarán su propuesta económica inicial por escrito en el lugar establecido en la convocatoria, en un sobre debidamente cerrado, y hasta las 15h00 del día fijado en la convocatoria. El término entre la convocatoria y la presentación de la oferta económica inicial no será menor a cinco días. Una hora más tarde de la fijada para la presentación de la propuesta económica inicial, se realizará de forma pública la subasta inversa presencial.

3. Acreditación.- En la puja podrán intervenir exclusivamente los oferentes previamente acreditados. No se admitirá la intervención en la puja de oferentes no acreditados.

Si los oferentes fueren personas naturales deberán intervenir directamente o a través de un apoderado especial. En el primer caso el oferente presentará su cédula de identidad; y, en el caso del apoderado especial presentará copia del poder otorgado junto con su cédula de identidad.

Si los oferentes fueren personas jurídicas, deberán intervenir a través del correspondiente representante legal o de un apoderado especial. En el primer caso, el oferente presentará su cédula de identidad junto con la copia de su nombramiento vigente, debidamente inscrito en el Registro Mercantil del cantón correspondiente. Si el oferente interviniera a través de un apoderado especial, presentará la copia del poder otorgado junto con su cédula de

ciudadanía.

4. Puja.- El período durante el cual se efectúe la puja será de mínimo de quince (15) minutos y máximo de sesenta (60) minutos contados a partir de la hora establecida en la convocatoria; en atención a la complejidad del objeto del contrato y al presupuesto referencial del procedimiento.

Todos los oferentes acreditados pueden realizar durante el período de puja, las ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, las mismas que se presentarán por escrito en las hojas entregadas por la entidad contratante para el efecto, las mismas que serán leídas en alta voz por la máxima autoridad de la Entidad, o su delegado, al momento de recibir las.

Es decir que, el procedimiento en sí, no varía, pues como vemos, el cambio que se presenta entre uno y otro procedimiento, se da en cuanto al uso de las herramientas informáticas, pues las formalidades son las mismas; no lo dice la normativa, pero en la práctica, sucede que la entidad contratante que haya obtenido la certificación de parte del INCOP para la realización de la subasta inversa presencial, publicará las convocatorias por medio de los diarios de circulación nacional, los oferentes presentarán sus ofertas, exclusivamente haciendo referencia a los aspectos técnicos y legales, pues finalmente la oferta económica se hará conocer en la puja presencial. De igual forma habrá la Comisión Técnica, la cual estará encargada de calificar las ofertas presentadas dentro del procedimiento, y la cual emitirá el respectivo informe de calificación. Aquellos proveedores acreditados o calificados para presentar su oferta

económica, lo harán en el día y hora señalados para el efecto por la entidad contratante; conforme lo señala el Reglamento, las ofertas se presentarán por escrito y en cato público serán leídas por la entidad contratante, aquel oferente que dentro del término establecido para el efecto, entregue la oferta con el menor precio, será el adjudicador del contrato.

En Colombia, en donde como vimos se hace la distinción de los dos tipos de modalidades de la Subasta Inversa, el procedimiento de la Subasta Inversa Presencial es el siguiente:

“Antes de iniciar la subasta, a los proponentes se les distribuirán sobres y formularios para la presentación de sus lances. En dichos formularios se deberá consignar únicamente el precio ofertado por el proponente o la expresión clara e inequívoca de que no se hará ningún lance de mejora de precios.

La subasta inversa presencial se desarrollará en audiencia pública bajo las siguientes reglas:

- a)** La entidad abrirá los sobres con las ofertas iniciales de precio y comunicará a los participantes en la audiencia cual fue la menor de ellas.

- b)** La entidad otorgará a los proponentes un término común señalado en los pliegos de condiciones para hacer un lance que mejore la menor de las ofertas iniciales de precio a que se refiere el literal anterior.

c) Los proponentes harán su lance utilizando los sobres y los formularios suministrados.

d) Un funcionario de la entidad recogerá los sobres cerrados de todos los participantes.

e) La entidad registrará los lances válidos y los ordenará descendentemente. Con base en este orden, dará a conocer únicamente el menor precio ofertado.

f) Los proponentes que no presentaron un lance válido no podrán seguir presentándolos durante la subasta.

g) La entidad repetirá el procedimiento descrito en los anteriores literales, en tantas rondas como sea necesario, hasta que no se reciba ningún lance que mejore el menor precio ofertado en la ronda anterior.

h) Una vez adjudicado el contrato, la entidad hará público el resultado del certamen incluyendo la identidad de los proponentes.

En caso de existir empate se adjudicará el contrato al que presentó la menor propuesta inicial. De persistir el empate, se desempatará por medio de sorteo.”⁵⁴

En sí la Subasta Inversa Presencial, es similar al remate público, con la peculiaridad de que en este caso, las ofertas se presentan a la inversa, de ahí su nombre, pues los oferentes calificados para el efecto, presentan sus ofertas

⁵⁴ Decreto Reglamentario.... Op. Cit.

económicas sobre los bienes o servicios que las entidades pretenden adquirir, en forma descendente.

Para finalizar el análisis de la Subasta Inversa Presencial me parece importante citar, lo que el Reglamento a la Ley, estipula respecto de las “*Ferías Inclusivas*”, procedimientos previstos para fomentar la participación de artesanos o pequeños productores, pues en este caso, conforme lo señala el artículo 101 del Reglamento a la nueva Ley, las ferias inclusivas previstas son procedimientos que desarrollarán las entidades contratantes, sin consideración de montos de contratación, para fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños productores y prestadores de servicios, siguiendo procesos de subasta inversa presencial conforme al procedimiento previsto en el artículo 68 y siguientes de este Reglamento, pero sin necesidad de que los oferentes para participar en la subasta consten registrados en el RUP. Solo quienes resulten adjudicatarios de los procesos deberán registrarse en el RUP previo a la firma de los contratos respectivos.

Conforme lo señala la misma norma citada, las ferias inclusivas se desarrollarán en espacios físicos locales en los que artesanos, los micro y pequeños productores y los prestadores de servicios puedan presentar sus ofertas de bienes y servicios en condiciones de igualdad y transparencia.

Es decir que, las Subastas Inversas Presenciales son usadas dentro de las Ferias Inclusivas, otro procedimiento más previsto en la normativa actual, y que fue previsto para beneficiar a aquellos productores pequeños o artesanos

de cantones alejados que no hayan tenido la oportunidad de inscribirse en el Registro Único de Proveedores, sin perjuicio de que tengan que hacerlo en caso de que resulten adjudicatarios del contrato. Vale decir que las invitaciones para ferias inclusivas además de publicarse en el Portal de COMPRASPUBLICAS también se podrán publicar por un medio impreso, radial o televisivo del lugar donde se realizará la subasta.

Como podemos observar, la Subasta Inversa Presencial ha sido prevista en nuestro ordenamiento jurídico, como una excepción a la regla general que es la Subasta Inversa Electrónica, pues la primera procede única y exclusivamente cuando no sea posible usar los medios electrónicos con los que actualmente cuenta el Estado Ecuatoriano, y que a mi modo de ver, han permitido lograr un avance significativo en lo que a procedimientos precontractuales se refiere, pues hace que los principios de la contratación pública estén siempre presentes en cada uno de los procedimientos que constan en la nueva Ley de Contratación Pública.

3.3.- Diferencias y Semejanzas

Hablar de diferencias entre la Subasta Inversa Electrónica y la Subasta Inversa Presencial es referirse en un gran porcentaje al uso de las herramientas informáticas, pues de ahí la primera obtiene su nombre, aunque en ambos casos, el procedimiento es similar. Sin embargo, de lo analizado podemos hacer una pequeña lista de las diferencias y semejanzas que podemos encontrar al aplicar uno y otro procedimiento:

Diferencias:

1.- La Subasta Inversa Electrónica se desarrolla en un 100% a través del sistema informático disponible en la página oficial de compras públicas, mientras que la presencial, se realiza con la presencia física de los oferentes, desde su inicio hasta la culminación con la suscripción del contrato.

2.- La convocatoria en la Subasta Inversa Electrónica, se publica en el portal oficial, mientras que en la Subasta Inversa Presencial se lo hace en los diarios de circulación nacional.

3.- La entidad contratante en la Subasta Inversa Electrónica para constatar la participación de uno u otro oferente únicamente necesita contar con el certificado de que ese oferente se haya inscrito en el RUP; mientras que en el caso de la Subasta Presencial, la entidad contratante, necesita de la cédula de identidad, en caso de personas naturales, y del nombramiento del representante legal en el caso de las personas jurídicas.

4.- La calificación de los oferentes en la Subasta Inversa Electrónica se la hace utilizando el sistema compras públicas ubicando a los oferentes calificados, por su nombre comercial o por el RUC, en la Subasta Inversa Presencial, la notificación de los oferentes calificados para la puja, se lo hará en el acto

mismo de la subasta, pues en ese instante la entidad constatará la participación de los calificados.

5.- En la Subasta Electrónica, no necesariamente, en la puja, los oferentes y entidad contratante deben acudir a un sitio determinado, pues lo pueden observar desde sus lugares domiciliarios, mientras que en la Subasta Presencial, tanto oferentes como entidad contratante deben concurrir en la hora determinada al lugar señalado para el efecto en los Pliegos de Condiciones.

6.- La hora oficial en la Subasta Inversa Electrónica, es la que consta en el portal oficial compras públicas, mientras que en la Subasta Inversa Presencial, el tiempo será determinado por la entidad contratante.

7.- En la Subasta Inversa Electrónica, obligatoriamente la entidad contratante debe señalar un porcentaje de variación de la oferta económica inicial que presenten los oferentes, mientras que en la Presencial, este porcentaje, no es necesario, pues los oferentes entregan sus ofertas por escrito.

8.- En la Subasta Inversa Electrónica, las ofertas económicas son enviadas vía electrónica, en la Presencial, las ofertas sucesivas a la baja se presentarán por escrito en las hojas entregadas por la entidad contratante para el efecto.

Semejanzas

- 1.- Tanto la Subasta Inversa Económica como la Presencial proceden para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico.
- 2.- Los oferentes que deseen participar en la Subasta Inversa en cualquiera de las dos modalidades, deben estar inscritos en el Registro Único de Proveedores.
- 3.- En la Subasta Inversa Presencial como en la Electrónica lo que permitirá diferenciar a uno y otro oferente participante, será, el “menor precio” que presenten por los bienes o servicios que oferten.
- 4.- Tanto en la Subasta Inversa Electrónica como en la Presencial, los principios de la contratación pública, como la transparencia, publicidad, legalidad, igualdad y libre participación están siempre presentes a lo largo de uno y otro procedimiento.
- 5.- Tanto en el procedimiento electrónico como en el presencial, la puja tiene un tiempo de duración con un límite de sesenta minutos.
- 6.- En la Subasta Inversa Presencial así como en la Electrónica, los oferentes pueden enviar cuantas ofertas crean necesarias durante el tiempo fijado para el efecto.

7.- Las causales para declarar desierto el procedimiento, son aplicables tanto en la Subasta Inversa Presencial como en la Electrónica.

Una vez que hemos citado en forma resumida y como consecuencia del análisis de cada una de las modalidades en las cuales podemos realizar una Subasta Inversa, las diferencias y semejanzas, podemos concluir señalando que tanto en uno y otro procedimiento, las entidades contratantes, obtendrán los mismos beneficios de los que hablamos en capítulos anteriores, sin perjuicios de que, actualmente, las entidades públicas hayan hecho uso en porcentaje del 99% de las Subastas Inversas Electrónicas, pues como lo hemos dicho, la Presencial constituye la excepción a la regla.

CAPÍTULO IV

RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA SUBASTA INVERSA

4.1.- Generalidades

Durante el desarrollo de este trabajo, hemos analizado la conceptualización de los principios de la contratación pública en la actualidad, así como también su campo de aplicación en el nuevo marco regulatorio de lo que implica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual también nos hemos centrado en estudiar a uno de los procedimientos precontractuales que motivan la construcción de esta investigación, como es la Subasta Inversa.

Al igual que en otras naciones en vía de desarrollo, de las cuales también se ha tomado parte en este trabajo, el Ecuador ha buscado incluir en su modelo de desarrollo el uso y el aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y en particular, el Internet, herramienta informática que ha permitido, dentro del ámbito de la contratación pública, optimizar el procedimiento que permita, tanto al Estado como a los particulares (oferentes) mantener una relación coordinada para lograr de parte y parte sus objetivos propuestos, y en forma conjunta contribuir con el desarrollo de la nación.

De igual forma, en el tratamiento del tema propuesto, hemos podido entender como a través de esta iniciativa estatal, de vincular las tecnologías de la información en la administración pública, a través de la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública, se ha conseguido acceder con mayor facilidad a los actos y contratos que se emiten en el perfeccionamiento de la obra pública, incrementando el bienestar social y económico de nuestras comunidades, aumentando la productividad, la eficiencia y la transparencia de las instituciones públicas y organizaciones privadas.

Los principios de la contratación pública, estudiados en capítulos anteriores, han sido, como hemos dejado explicado, pieza fundamental para lograr que los sistemas informáticos o tecnologías de la información puedan ser efectivamente aplicados dentro en el ámbito de la administración pública. Los ciudadanos vinculados a través de hechos, actos o contratos con el Estado y sus instituciones, han logrado tener un acceso sin restricciones a la información que se desprende de la actividad administrativa diaria del gobierno, sin que sus derechos consagrados en el ordenamiento jurídico vigente hayan sido afectados.

A continuación me permitiré hacer una pequeña síntesis de lo que significa hablar de los principios de la contratación pública, y su relación o aplicación dentro del procedimiento precontractual, recientemente implementado con la nueva Ley de Contratación Pública, como es la Subasta Inversa.

4.2.- Aplicación de los principios de la contratación pública en la Subasta Inversa.

Para un mejor entendimiento del desarrollo de este tema, hablaré de la relación existente entre los principios de la contratación pública, en el mismo orden en el cual fueron analizados en el capítulo inicial de este trabajo.

a) Legalidad

Este principio, del que vale recordar su base constitucional, implica como se ha explicado el respeto sin lugar a excepciones, de lo que se encuentra establecido en la Ley; partiendo de esa afirmación, podemos manifestar que al ser la Subasta Inversa un procedimiento precontractual, vinculado directamente con la contratación pública, la cual se deriva de la aplicación del Derecho Público, se encuentra enmarcada dentro de este principio fundamental como es el de la legalidad.

Más allá de definir lo que entendemos por *legalidad* lo cual ha sido ya desarrollado al inicio de este trabajo, me parece importante manifestar que la obediencia de lo que establece la Ley y el ordenamiento jurídico vigente, no solo dentro de éste procedimiento de Subasta Inversa, sino dentro de todos los ámbitos públicos, conlleva el cumplimiento y materialización de lo señalado por la propia Constitución, Norma Suprema que estipula que nuestro modelo de gobierno es el constitucional de derechos, esto es, el que nos encontramos regidos por una serie de principios y normas, que hacen que nuestro

comportamiento en actos públicos y privados, se desenvuelva dentro de ese ordenamiento jurídico.

Dentro del procedimiento de la Subasta Inversa, tanto el Estado como los particulares que unen fuerzas para contribuir en su desarrollo económico y social, se encuentran directamente relacionados con éste, uno de los más importantes principios que rigen la contratación pública, *la legalidad*.

b) Publicidad y Transparencia

Estos dos principios se estudiaron conjuntamente, pues el respeto del primero, implica también la efectiva aplicación del que se cita después, es así que la publicidad y transparencia, son otros de los principios que, desde mi modo de ver, y luego de haber hecho una pequeña investigación al respecto, son perfectamente visibles cuando de la Subasta Inversa se trata. Esto tiene razón de ser pues hablar de publicidad, es centrarse directamente en el conocimiento directo y oportuno de la información que el Estado pone a disposición del particular para perfeccionar las dos voluntades, lo cual se ve reflejado a través de la página web www.compraspublicas.gov.ec en donde actualmente se encuentra, a disposición de los particulares toda la información que les permita, además de poder participar en la oferta de sus bienes, obras o servicios, ejercer un control efectivo de la actividad contractual del Estado.

Dicho esto, es fácil concluir que, la publicidad es aplicada abiertamente en la Subasta Inversa como procedimiento precontractual, y consecuentemente

existe también transparencia en la ejecución de una obra, bien o servicio, pues el uso de las tecnologías de la información, hacen que la actividad de la administración sea menos susceptible de estar vinculada con actos de corrupción. Cuando hablábamos de las fases de la Subasta Inversa, nos referíamos a dos momentos, el primero, cuando se califican por parte de la entidad contratante, las ofertas presentadas por los participantes, única y exclusivamente en los ámbitos técnicos y legales; y un segundo momento, que implica netamente puja hacia la baja del precio de los bienes y servicios. Es entonces en este segundo momento en donde el principio de transparencia se hace presente, pues aquellos oferentes que hayan pasado el primer momento, únicamente dependerán del tiempo fijado por la entidad contratante para emitir vía electrónica, su mejor oferta a la baja, haciendo además que el Estado a través de las instituciones públicas, consiga un gran ahorro en la inversión de los fondos que le fueron asignados para la ejecución de sus obras, adquisición de bienes o servicios.

Marco Peres Useche, autor colombiano, en su obra Gobierno Digital, Tendencias y Desafíos, refiriéndose al principio de la transparencia, como parte del gobierno digital, señala:

“El ciudadano generalmente no conoce como se forman las decisiones públicas. Internet permite fortalecer la credibilidad del gobierno en la medida que las actuaciones públicas pueden ser conocidas, observadas y discutidas por el ciudadano. Internet permite irradiar a la totalidad de la administración pública con metas y objetivos de transparencia y prioridad, porque es una red

de información descentralizada, sin restricciones de acceso o que limita la creación de contenidos.

El principio de transparencia es fundamental para legitimar una política pública de gobierno digital, porque en la medida que más información, servicios u transacciones públicas se llevan a Internet y no se restrinja el acceso a los mismos, más transparente será la acción de la administración y se reducirán los actos de corrupción⁵⁵.

El mismo autor colombiano, analizando el principio de publicidad señala que este principio es tal vez el más relevante para la legitimación del uso de las tecnologías de la información, pues a través del correo electrónico se pueden comunicar decisiones administrativas, notificarlas a través de carteles digitales ubicados en sitios web oficiales y publicar información de cualquier tipo en portales públicos verticales u horizontales.

c) Libre Participación

Este principio dentro del procedimiento de la Subasta Inversa, desde mi modo de ver, se aplica en una forma limitada, pues hablar de la libre participación es no hacer ninguna excepción, sin embargo como hemos analizado, la participación en un procedimiento de Subasta Inversa implica que los oferentes deben cumplir con un requisito básico e irremplazable, como es el encontrarse inscritos en el Registro Único de Proveedores (RUP), cumplido que haya sido este requisito se puede formar parte de un procedimiento de Subasta Inversa.

⁵⁵ Peres, Marco: *Gobierno Digital Tendencias y Desafíos*, Bogotá Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág. 80

Sin embargo de lo señalado, me parece importante manifestar que esta exigencia realmente es mínima, pues como conocemos, con el anterior modelo de la contratación pública, los oferentes interesados en participar en un procedimiento precontractual de aquellos previstos en la antigua Ley, debían obligatoriamente, además de cancelar un porcentaje por la concepto de la adquisición de las bases del concurso (ahora llamados Pliegos de Condiciones), inscribirse en los registros de contratistas que, específicamente en las Municipalidades, existían, haciendo que este principio se vea aún más alejado de su efectiva aplicación.

En la actualidad, si bien se exige a los oferentes, estar inscritos en el Registro Único de Proveedores, para poder ser partícipes de una Subasta Inversa, no es menos cierto que un gran porcentaje de particulares vinculados con la contratación pública, y por qué no decirlo, la gran mayoría, han cumplido con este requisito, no solo exigible para la participación en la Subasta Inversa sino todos los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley; haciendo que el principio de la libre participación, se aplique, por poner un porcentaje, diría yo en un 98%.

d) Igualdad

A sabiendas de que el principio de igualdad exige, en materia de contratación pública, que todos los oferentes participen en condiciones idénticas en cualquiera de los procedimientos precontractuales que la administración pública realice, ya sea para la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios; podemos manifestar que éste, se encuentra

presente a lo largo del desarrollo la Subasta Inversa hasta la culminación con la suscripción del respectivo contrato, que materializa la voluntad del Estado y del particular que acuerdan en obligarse el uno al otro bajo las condiciones o cláusulas que ahí se estipules.

En el procedimiento precontractual de la Subasta Inversa, desde la elaboración de parte de la entidad contratante de los Pliegos de Condiciones, hasta la suscripción del respectivo contrato, encontramos presente al principio de la igualdad, otro de aquellos que cuenta con fundamento constitucional, que ya fue citado cuando se analizó el mismo. Lo dicho encuentra su razón, pues la institución pública, al momento de iniciar con la construcción de un procedimiento de Subasta, debe tener en cuenta que las normas que van a regir el mismo, esto es, los Pliegos de Condiciones, deben ser generales y sin que se permita beneficiar a tal o cual oferente, sino que, quien cumpla con lo requerido por la entidad, pueda participar en condiciones de absoluta igualdad.

Finalmente, durante el momento de la puja los oferentes participantes, se miden en igualdad de condiciones, conforme lo establece la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues ya lo único que aquí los diferenciará es el precio que ofrezcan por tal o cual bien o servicio; concluyendo así que el principio de igualdad, de una u otra forma, se ve expresado a lo largo de la realización de este procedimiento.

Marco Peres, ya citado anteriormente, en el análisis de los principios de la contratación pública, dentro del gobierno digital, manifiesta:

“En el gobierno digital, la igualdad como postulado constitucional se manifiesta en la creación de facilidades para acceder a la red pública Internet desde cualquier zona o región del país, en condiciones similares, sin discriminaciones de estrato o de nivel educativo y sin necesidad de que cada ciudadano sea propietario de un computador.... (...) El principio de igualdad se materializa en la provisión al ciudadano de sitios web amigables, de fácil navegación, actualizados, que permitan un rápido aprendizaje, y en la posibilidad de tener voz en diálogos a distancia en un mundo cada vez más intercomunicado.”⁵⁶

Como hemos podido percibir del desarrollo de esta investigación, los principios de la contratación pública, que han venido siendo visibilizados durante algunos de los modelos de contratación que ha vivido nuestro país, actualmente toman más fuerza, en esta nueva era digital; la globalización ha permitido que la modernización estatal en el ámbito del uso de las tecnologías de la información, genere más impulso a la aplicación de los principios contractuales en los procedimientos que se utilizan para regular la contratación pública ecuatoriana.

⁵⁶ Ibídem Pág. 79

CONCLUSIONES

1.- Los principios de la contratación pública analizados en esta investigación, guardan una relación directa con el procedimiento de la Subasta Inversa, sea esta electrónica o presencial.

2.- La legalidad, publicidad, transparencia, libre participación e igualdad como principios de la contratación pública, corroboran para que los procedimientos precontractuales, entre ellos, la Subasta Inversa se desarrolle dentro del marco jurídico actualmente vigente.

3.- El Sistema Nacional de Contratación Pública, actualmente vigente, ha permitido que la aplicación de los principios de la contratación pública, sea aún más visible que cuando se aplicaban modelos distintos, en años anteriores a la vigencia de la nueva Ley.

4.- La Subasta Inversa como procedimiento dinámico de la contratación pública, permite al Estado ecuatoriano, entre otras ventajas, conseguir un considerable ahorro económico en cuanto a la inversión de los recursos públicos se refiere.

5.- La tendencia a la globalización, y el desarrollo cada vez más avanzado de la tecnología informática, son piezas fundamentales en el desarrollo económico y social de toda sociedad que se encuentre vinculada con las mismas.

6.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituye una norma que ha efectivizado el uso óptimo de las tecnologías informáticas en beneficio de las dos partes que intervienen en la contratación pública, el Estado y los particulares.

7.- La Subasta Inversa, como uno de los procedimientos dinámicos estipulados en la nueva Ley de Contratación Pública, ha sido aquel que se aplica en un mayor número porcentual, desde la vigencia de la normativa vigente.

8.- El sistema globalizado de las tecnologías informáticas, ha hecho que la normativa en materia de contratación pública, a nivel del continente americano, y en especial de los países vecinos, tenga parámetros similares al que se aplica actualmente en nuestro país.

9.- La contratación pública es de gran importancia económica y social prácticamente en todas las sociedades del mundo contemporáneo, pues contribuye para que Estado como una gran corporación en la contratación de bienes, servicios y obras, cumplan a cabalidad sus objetivos propuestos.

10.- La Subasta Inversa Electrónica es uno de los procedimientos precontractuales, que haciendo uso de las herramientas informáticas, ha conseguido ser una reducción significativa en el tiempo que toma la realización del mismo, pasando de procedimientos que duraban incluso meses, a desarrollarse en 15 días.

RECOMENDACIONES

1.- El Gobierno Nacional, debe fortalecer al Instituto Nacional de Contratación Pública, en lo que a su plataforma informática se refiere, a fin de lograr que el 100% de los procedimientos que se desarrollan a través del portal, no tengan complicaciones al momento de su ejecución.

2.- A fin de lograr que la totalidad del territorio ecuatoriano tenga acceso al Sistema de Contratación actual, se debe propender a las instituciones públicas que se encuentran en lugares alejadas de las grandes ciudades, puedan tener los conocimientos suficientes para que puedan aplicar los procedimientos actualmente vigentes.

3.- Debe ser una preocupación indispensable del Estado ecuatoriano, realizar un efectivo control, en lo que las resoluciones que las instituciones públicas emiten, en cuanto a la declaratoria de emergencia para la aplicación de tal o cual procedimiento, evitando así, la evasión en el cumplimiento de la Ley.

4.- Si bien, la Subasta Inversa ha sido uno de los procedimientos más utilizados desde la vigencia de la Ley, somos conocedores de que la Ley también establece las compras por catálogo electrónico, el mismo que incluso superaría al primero en su aplicación, por lo que es recomendable que el Estado priorice la suscripción de los contratos con los proveedores que se obligarán a subir a dicho catálogo los bienes de adquisición directa.

5.- A fin de que los principios de la contratación pública analizados en este trabajo, sean efectivamente aplicados, los particulares y el Estado, como partes fundamentales para que podamos hablar de los contratos públicos, deben observar las normas vigentes en la nueva Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Eguiguren, Genaro: *Nuevas instituciones de la Contratación Pública*, Ed. Corporación Editora Nacional Universidad Andina Simón Bolívar-Quito; Ecuador, Año 2001.
- 2.- López, Nelson y Ribas Libia: *Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*, Ed. Nina Comunicaciones, Quito-Ecuador, Año 2008.
- 3.- Pérez, Antonio, Pérez Efraín: *Manual de Contratos del Estado*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Año 2008.
- 4.- Dromi, Roberto: *Licitación Pública*, Ed. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires Argentina.
- 5.- Álvarez, Alejandro: *Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, Ed. Marketing Consultores, Lima-Perú, Año 2006.
- 6.- Álvarez, Alejandro: *Normas aplicables en las contrataciones y adquisiciones el Estado*, Ed. Marketing Consultores, Lima-Perú, Año 2006.
- 7.- Aragón, Jorge Y Chapi: Pedro, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Texto Único Ordenado y su Reglamento*, Ed. FECAT, Lima-Perú, Año 2006.
- 8.- Córdova Palmares, Fernando: *Aplicación práctica de los procesos de selección Adquisiciones y Contrataciones del Estado*, Ed. Ediciones Pro. Pacific, Año 2001.
- 9.- Moreno Gil, Oscar: *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*. 4ta. Ed., Ed. Madrid: Civitas - Thompson, Año 2004.-
- 10.- www.compraspúblicas.gov.ec
- 11.- www.contratos.gov.co
- 12.- www.chilecompra.cl
- 13.- www.osce.gob.pe