Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

27-Aug-2012

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2012)8
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión III – Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción

Contribución de Ecuador

18-19 de septiembre de 2012, Santo Domingo, República Dominicana

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Ecuador PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 18 y 19 de septiembre de 2012 en Santo Domingo, República Dominicana.

Contacto: Hilary JENNINGS, Jefe de Relaciones Globales, División de Competencia
Tel.: +33 (0) 1 45 24 13 60; Fax: +33 (0) 1 45 24 96 95
Correo electrónico: hilary.jennings@oecd.org

JT03325512

Complete document available on OLIS in its original format
This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 18 y 19 de septiembre de 2012, Santo Domingo (República Dominicana) --

Sesión III – Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción

-- CONTRIBUCIÓN DE ECUADOR[1] --

I. Tamaño y objetivos de política

1. ¿Qué fracción de su economía representa la contratación pública? ¿Cuáles son los principales objetivos de la política de contratación pública?

1. El Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, articula y armoniza a todos los organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas que se realicen con recursos del Estado.

2. En el año 2011, las compras públicas representaron el 14,62% del PIB ecuatoriano. Comparando esta cifra con el Presupuesto General del Estado, el porcentaje asciende al 41,16%.

3. Los principales objetivos de la política de Contratación Pública, según la Ley[2], se enmarcan primordialmente en los siguientes principios:

a. **Calidad**: Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el plan nacional de desarrollo.

[1] El presente documento fue elaborado por la Junta de Regulación de Control de Poder de Mercado.

[2] Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial 395, del 4 de Agosto del 2008.

b. **Legalidad:** Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

c. **Transparencia:** Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

d. **Participación Nacional**: Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

e. **Oportunidad:** Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas.

f. **Vigencia Tecnológica**: Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.

2. ¿En qué medida los objetivos de la política de contratación pública consideran el ahorro, obtenido por la implementación de un sistema más efectivo, para financiar proyectos de infraestructura o de bienestar social? ¿Conoce alguna iniciativa llevada a cabo o a ser considerada por otras agencias del gobierno en su jurisdicción (por ejemplo, generación de empleo, el desarrollo económico y programas de educación) que han sido o están dirigidas a reducir la pobreza y que utilizan los ahorros generados por tener un sistema de contratación pública más eficaz y competitivo?

4. Dentro de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) ninguno trata sobre la canalización del ahorro generado por la implementación de un sistema de contratación pública más eficiente. De la misma manera, el Instituto Nacional de Contratación Pública, al ser un organismo autónomo a las demás instituciones del Estado, no redistribuye el ahorro generado por la implementación de un sistema más eficiente hacia otras agencias del gobierno, a fin de que estas últimas puedan financiar proyectos de infraestructura o de bienestar social.

5. Sin embargo, los objetivos del SNCP consideran la importancia de mantener y mejorar la eficiencia del sistema, que se traduce como una mejor gestión económica de los recursos del Estado. Un ejemplo de ello es el sistema público de subasta inversa para la adquisición de fármacos; en el cual los oferentes pujan hacia la baja el precio ofertado, que siempre deberá ser inferior a su oferta económica inicial. Por medio de este mecanismo, el Estado ha logrado aprovisionar medicamentos para el tratamiento de enfermedades comunes, raras o huérfanas y catastróficas, a precios inferiores a los ofertados en el sector privado[3].

II. Corrupción

1. ¿Cuál es el costo de la corrupción?

6. La corrupción tiene muchos costos que afectan mayormente los sistemas de contrataciones, judicial, financiero, entre otros. Además, la corrupción incrementa los costos de transacción y la incertidumbre en la economía, aleja las inversiones a largo plazo, menoscaba la legitimidad del Estado y su capacidad para obtener ingresos.

[3] Un ejemplo de ello, es el caso del antibiótico Cirpofloxacina en tableta de 500 mg. Este medicamento es ofertado en el mercado privado a precios que varían desde 0,15 USD a 7,77 USD. Luego de la subasta inversa pública, el precio adjudicado se redujo a 0,06 USD; lo que representa una reducción del 90% respecto al precio de venta en el mercado privado por parte del laboratorio ganador.

7. En Ecuador no existen estimaciones formales del costo económico de la corrupción; sin embargo, considerado el barómetro global de la corrupción medido por Transparencia Internacional, se evidencia que el país tiene un nivel de corrupción considerable; que implicaría potencialmente un alto costo económico.

2. ¿Qué factores ayudan a que exista corrupción? ¿Parecen algunos factores más importantes que otros?

8. Entre los factores que facilitan la corrupción, tanto en Ecuador como en otros países Latinoamericanos, se tienen: 1) Incentivos económicos que derivan de prácticas de corrupción por parte de la ciudadanía en general y servidores públicos; y 2) Ineficiencias en la aplicación de las Leyes, lo que facilita a grupos de interés, ejercer presiones políticas para evitar que se efectúen investigaciones en ciertos sectores.

9. De acuerdo a un informe de evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, realizado en mayo del 2011 bajo una metodología propuesta por la OCDE, se puede destacar que, dentro del marco legal y regulatorio de contratación pública, los factores principales que potencialmente facilitarían la corrupción son:

a. No se establecen lineamientos claros para que los documentos de licitación, incluyan un texto que aborde los temas de fraude y corrupción.

b. No se detallan las responsabilidades individuales y las consecuencias de incurrir en corrupción y fraude; pues estas se dejan en manos de la legislación general del país.

c. Existen muy pocos casos en los que se han hecho cumplir las leyes sobre prácticas corruptas, lo cual desincentiva al cumplimiento de la Ley.

d. No existe coordinación entre las actividades de lucha contra la corrupción como para desarrollar un sistema integrado eficaz anticorrupción.

e. Pocas instituciones privadas, de la sociedad civil y de beneficiarios en general están involucrados en la lucha contra la corrupción; pues no se ha dado la apertura suficiente de las contribuciones de la ciudadanía para promover mejoras.

f. Pese a que existe un mecanismo para denunciar conductas corruptas, no se garantiza la seguridad y la confidencialidad de la información.

3. ¿Cómo los programas de transparencia ayudan a combatir la corrupción? ¿Qué otras políticas ayudan a combatir la corrupción? ¿Qué métodos y técnicas parecen ser particularmente efectivas en su jurisdicción?

10. Los programas de transparencia ayudan a combatir la corrupción desarrollando una cultura en el servicio público de calidad y transparencia, mejorando los sistemas, métodos, y procesos de trabajo y difundiendo información oportuna de las relaciones que se dan dentro de las instituciones y hacia su exterior. En Ecuador, los programas de transparencia se complementan con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vigente desde mayo del 2004.

11. Otra práctica que ayuda a combatir la corrupción es la creación de instituciones autónomas con personal técnico capacitado para la detección de prácticas corruptas. La autonomía y la preparación técnica de estas instituciones incrementan la probabilidad de detectar este tipo de prácticas.

12. Asimismo, otro aspecto clave de la lucha contra la corrupción es la suscripción de convenios de cooperación y alianzas estratégicas con otras instituciones. Ecuador, por ejemplo, ha respaldado el Programa Interamericano de lucha contra la corrupción, el mismo que comprende, entre otros aspectos, 1) Estrategia para ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción; 2) Elaboración de códigos de conducta de funcionarios públicos; y 3) Estudio del programa de lavados de bienes o productos de corrupción.

13. Finalmente, en lo que respecta a la efectividad de la aplicación de la Ley de Transparencia, esta se cumple parcialmente; pues todavía existen barreras que limitan su aplicación:

a. Un sistema de control y auditoría que no resulta muy eficiente debido a que los controles son muy complejos, demandan mucho tiempo, y no están suficientemente definidos como para realizar auditorías exhaustivas de desempeño.

b. Un limitado acceso a la información debido a que su publicación se realiza en medios a los que el público en general les resulta difícil usar o comprender.

4. ¿Se requiere que las empresas certifiquen, durante el proceso de contratación, que no han sobornado a un oficial? ¿Qué sanciones pueden aplicarse a las empresas e individuos que han realizado actos de corrupción en su jurisdicción?

14. En Ecuador, las empresas que participen en un proceso de contratación pública no están obligadas a certificar que no han sobornado a un oficial.

15. Respecto a las sanciones, éstas están encaminadas a preservar la probidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad de los actos realizados por los servidores públicos. Las sanciones aplicadas a funcionarios públicos que incurran en actos de corrupción están previstas en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) y en el Código Penal del Ecuador (CPE). En la primera (LOSEP) se establecen como sanciones para los servidores públicos, la destitución de sus funciones así como la prohibición para el desempeño de cualquier otra función pública. En el segundo (CPE), las sanciones no se aplican exclusivamente a los funcionarios públicos sino a la ciudadanía en general; éstas incluyen prisión de 6 meses a 8 años y multas de 8 USD a 156 USD, a más de la restitución del duplo o triple del valor tranzado.

5. ¿Cuáles son las autoridades competentes para proseguir los casos de corrupción? ¿Tiene la autoridad de competencia alguna participación en esta área?

16. La Constitución de la República, en su capítulo quinto establece que la Función de Transparencia y Control Social, señala los organismos competentes para procesar o enjuiciar los casos de corrupción. Estos organismos son:

a. **Consejo de Participación Ciudadana y Control Social**: Esta institución, dentro de sus atribuciones, entre otras, investiga denuncias sobre actos u omisiones que generen corrupción y afecten a la participación ciudadana. Asimismo, esta entidad está encargada de coadyuvar a quienes denuncien actos de corrupción y de establecer mecanismo de rendición de cuentas para los organismos del sector público.

b. **Fiscalía General del Estado**: Tiene por objeto dirigir la investigación pre-procesal y procesal penal, ejerciendo la acción pública con sujeción al debido proceso y el respeto a los Derechos Humanos.

c. **Procuraduría General del Estado:** Esta institución ejerce el control de la legalidad de los actos y contratos del sector público, en beneficio de los objetivos nacionales.

d. **Contraloría General del Estado**: Es el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las demás personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

e. **Superintendencias**: Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

17. La autoridad de Competencia en Ecuador, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, está encargada de asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia. Sin embargo, su rango de acción no está enfocado en procesar ni enjuiciar casos de corrupción sino más bien imponer sanciones a aquellos operadores económicos que incurran en prácticas anticompetitivas y abusen de su poder de mercado. Las sanciones impuestas en estos casos, de acuerdo a la Ley, son del 8% hasta el 12% del volumen total de negocios y en ciertos casos el pago de 500 Remuneraciones Básicas Unificadas[4].

III. Colusión

1. ¿Qué factores facilitan la colusión en la contratación? ¿Qué industrias parecen ser especialmente vulnerables a manipular licitaciones?

18. Entre los factores que facilitan la colusión en los procesos de contratación pública, se pueden citar los siguientes: mercados con pocos participantes; barreras de entrada que limitan el número de oferentes potenciales; propiedad cruzada y demás vínculos entre competidores; regularidad de licitaciones para proveer un determinado bien o servicio; mercados con demanda predecible; homogeneidad de productos; mercados simétricos (en cuanto a cuotas de mercado, variedad de productos, costos, tecnología, y capacidades); distribución de mercados, entre otros.

19. En cuanto a las industrias especialmente vulnerables, todas pueden ser sujetas a manipulación de licitaciones ya que los factores mencionados anteriormente son indiferentes a las particularidades de cada sector.

2. ¿Qué sectores en su jurisdicción fueron afectados por la manipulación de licitaciones públicas? ¿Qué experiencias ha tenido su agencia en ayudar al diseño de sistemas de contratación pública, con el fin de minimizar los riesgos derivados de la manipulación de contratos?

20. En la jurisdicción ecuatoriana, muchos sectores han sido afectados por la manipulación de licitaciones, entre ellos se destacan principalmente la construcción de infraestructura pública como carreteras y facilidades estatales; y demás servicios provistos al sector público.

21. Dentro de las experiencias para minimizar los riesgos derivados de la manipulación de contratos, desde el 2008 en Ecuador se implementó un sistema de compras públicas que permite maximizar el ahorro del Sector Público y minimizar las posibilidades de corrupción dado que no hay contacto directo entre oferente y compradores. Una evaluación de este sistema, vía metodología OCDE, muestra que en comparación al 2002, en el período 2008-2010 se logró reducir el riesgo de corrupción y manipulación de contratos (Transparencia Internacional) en más del 100%. Actualmente, el sistema de contratación pública se mantiene en constante evaluación para su mejora debido a que existe voluntad de las autoridades del Instituto de Compras Públicas (INCOP) y de la Controlaría del Estado para reconocer falencias y trabajar

[4] En el 2012, la Remuneración Básica Unificada en el Ecuador, es de 292 USD mensuales.

en forma conjunta, así como para dialogar con diferentes actores de la sociedad sobre las posibles reformas complementarias.

22. Adicionalmente, el INCOP ha realizado grandes esfuerzos de capacitación a todo nivel y en toda entidad a fin de que éstas últimas puedan procesar y utilizar los sistemas de la mejor manera. Finalmente, es importante destacar que existe apertura en actores privados, internacionales y otros, en dar soporte a la profundización de la mejora del Sistema Nacional de Contratación Pública

3. ¿Utiliza su país certificados de determinación de ofertas independientes? Cuándo las empresas han realizado acciones colusorias, ¿deben ser prohibidas de participar en procesos de contratación pública por un período de tiempo?

23. En Ecuador, en atención al marco legal vigente no se requiere que en los procesos de contratación pública, los oferentes emitan certificados de determinación de ofertas independientes; sin embargo, en la Ley de Control de Poder de Mercado, se establece como práctica restrictiva a la competencia, y sujeta a sanciones punitivas (multas), todas aquellas conductas de proveedores u oferentes cuyo objeto sea restringir la competencia, ya sea en la presentación de ofertas que busquen asegurar el resultado en beneficio propio en una licitación, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública o en procesos de contratación privados abiertos al públicos.

24. En atención a esta práctica restrictiva sancionada por la Ley, la autoridad interina de competencia en Ecuador ha enviado a la entidad de compras públicas dos propuestas de resoluciones a incorporarse dentro de los procedimientos de contratación pública; lo que incluye un formulario de "declaración y compromiso juramentado de mantenimiento de competencia efectiva". Dicho formulario tiene por objeto que los oferentes declaren bajo juramento de no haber vulnerado y de no vulnerar (en el proceso de contratación al que apliquen) ningún principio o norma relacionada con la competencia leal y justa; incluyendo el hecho de que los precios contenidos en la oferta del proceso público en el que participen han sido determinados de forma independiente.

IV. Lucha contra la colusión y la corrupción

1. ¿Qué casos en su jurisdicción han involucrado tanto corrupción como colusión en procesos de contratación pública?

25. Han existido diversos casos de corrupción en Ecuador. Uno de los más recientes, que aún está bajo estudio por parte de la Contraloría General del Estado, hace referencia a posibles actos de corrupción por contrataciones irregulares y sobreprecios que permiten suponer desvío de fondos públicos: en el período 2007-2010, se realizaron adquisiciones de insumos, alimentos y compras de equipos para hospitales públicos por al menos USD 2,7 millones, en los cuales se estima un sobreprecio de aproximadamente USD 500 mil.

26. En lo que respecta a la colusión (y corrupción), no se tienen casos ejecutoriadas y sancionados al momento; pues no existía (hasta antes de octubre del 2011) marco legal que permita sancionar las prácticas colusorias en los procesos de contratación pública.

2. ¿Han ocurrido casos o han existido denuncias de colusión y corrupción a nivel gubernamental, provincial o nacional?

27. En el caso de actos colusorios, no se tiene registro de denuncias. Sin embargo, en el caso de corrupción se han detectado y procesado denuncias a los diferentes niveles de gobierno; las cuales son presentadas por la Controlaría General del Estado pero son de difícil acceso para el público en general.

3. ¿Qué métodos y técnicas para combatir la corrupción ayudarían a reducir la colusión?

28. En Ecuador las conductas de corrupción son investigadas y sancionadas por las autoridades mencionadas en la Pregunta 5 de la Sección II; mientras que los actos colusorios son procesados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Tomando en consideración, que desde el punto de vista de la competencia, las prácticas colusorias son los casos mayormente investigados, es importante que se articulen los métodos y técnicas para combatir tanto los actos colusorios como los de corrupción. Entre estos métodos, consideramos:

a. Articular las acciones de las entidades encargadas de combatir la corrupción con aquellas que le competen a la autoridad de competencia; particularmente, las investigaciones de actos colusorios;

b. Crear dentro de la estructura organización de la autoridad de competencia, una unidad de estudios especializada en la Colusión en los Procesos de Contratación Pública; y,

c. Fortalecer un programa de incentivos económicos y legales, en virtud del cual los miembros de un cartel que denuncien la existencia del mismo o colaboren con información relevante a la investigación, puedan beneficiarse de una exoneración de la multa que les corresponda.

4. Cuando empresas o individuos han realizado actos de corrupción o soborno, ¿son capaces de recibir perdón en su jurisdicción?

29. La jurisdicción ecuatoriana, en su código penal y diferentes leyes orgánicas, no establece el perdón cuando se han realizado y comprobado actos de corrupción o soborno por parte de servidores públicos o ciudadanía en general. Sin embargo, existen circunstancias establecidas que atenúan las sanciones impuestas a los culpables.

V. Acuerdos Institucionales y de Promoción

1. ¿Cómo las condiciones regulatorias o institucionales facilitan la corrupción y la manipulación de licitaciones?

30. En cuanto al marco regulatorio y normativo, los siguientes factores facilitan la corrupción:

a. En lo normativo, no existe una actualización oportuna y estandarización de los procedimiento usados para las adquisiciones a nivel de entidades públicas.

b. Las leyes presupuestarias y de procedimientos financieros no brindan soporte a la adquisición, ejecución del contrato, su pago en tiempo y forma, así como la obligación a las entidades públicas de presentar certificaciones de ejecución del presupuesto.

c. El sistema legal no define las responsabilidades, la rendición de cuentas y las penalidades para los individuos y las empresas que hayan sido partícipes de prácticas fraudulentas o corruptas.

31. En cuanto a las condiciones institucionales, se cree que los siguientes factores facilitan la corrupción y manipulación de licitaciones:

a. Baja efectividad de los sistemas de control y auditoría, así como un bajo nivel en términos de eficiencia de los mecanismos de apelaciones.

b. Los procesos de regulación y control no han alcanzado un nivel óptimo de eficiencia debido a la falta de coordinación interinstitucional entre el ente rector del Sistema de Contratación Pública y los encargados en combatir la corrupción.

2. ¿De qué maneras las autoridades de competencia podrían mejorar la eficiencia de la contratación pública?

32. Para mejorar la eficiencia de la contratación pública es importante considerar dos aspectos: 1) Crear acuerdos de cooperación interinstitucional entre la autoridad rectora del manejo del sistema de contratación pública y la autoridad de competencia; 2) Como se discutió anteriormente, a fin de reducir los riesgo de colusión y las ineficiencias económicas que esto plantea, la autoridad de competencia debe tener un área de estudios especializada en la Colusión en los Procesos de Contratación Pública.

3. ¿Qué medidas se han tomado para mejorar la eficiencia de los procesos de contratación pública en su jurisdicción? ¿Qué medidas específicas se han adoptado para reducir la colusión y la corrupción en contratación pública? Si es así, ¿cuál ha sido la experiencia hasta la fecha? ¿Se han probado otros enfoques para reducir la colusión y la corrupción en su jurisdicción, y cuáles han sido los resultados obtenidos?

33. Entre las medidas adoptadas para mejorar la eficiencia en la contratación pública se implementó un sistema que cuenta con un marco jurídico consolidado que permite mayor transparencia y abierta supervisión por parte de las entidades contratantes. Asimismo, se cuenca con un ente de control moderno que posee credibilidad y reputación por parte del público y la sociedad civil. Por otro lado, los procesos de contratación pública se acercan hacia un nivel de eficiencia al evidenciarse no solo disposiciones para delegar la autoridad a otros que tienen la capacidad de asumir las responsabilidades, sino un proceso de delegación auspiciado por normas, políticas y voluntad política externa que tiende hacia la descentralización y la desconcentración, como formas de agilizar procesos.

34. En cuanto a otros enfoques para reducir los riesgos asociados a la colusión y corrupción, si bien no se han adoptado medidas concretas, se espera que la implementación de los métodos y técnicas discutidas en la Pregunta 3 de la Sección anterior, reduzcan considerablemente estos riesgos.

4. Al adoptar medidas para reducir la colusión y la manipulación de licitaciones en contratación pública, ¿se ha tomado en cuenta el impacto que tales medidas tendrían sobre los riesgos de la corrupción?

35. A pesar de que, como se indicó anteriormente, no se han adoptado medidas específicas para reducir la colusión y manipulación de licitaciones, tanto las autoridad de competencia como de transparencia en Ecuador son conscientes del impacto que dichas medidas tendrían sobre la corrupción.

5. ¿Ha llevado a cabo la agencia de competencia una promoción de la competencia de esta área?

36. En Ecuador, la promoción de la norma vigente en materia de competencia se encuentra en marcha mientras entra en operación efectiva la autoridad de competencia recientemente posesionada.

6. Si la agencia de competencia ha procesado casos de corrupción o colusión, ¿qué tipo de medidas ha considerado?

37. La autoridad de competencia se encuentra en proceso de inicio de actividades y formación de su estructura organizacional; por tanto, no se tiene registro de casos de corrupción o colusión.

7. ***¿Qué arreglos institucionales se han establecido en su país para tratar con la interfaz entre políticas anticorrupción y anticolusorias? ¿Se han establecido e institucionalizado relaciones con aquellos empoderados para procesar casos de corrupción (por ejemplo, Memorandos de entendimiento, acuerdos de cooperación, grupos de trabajo interinstitucionales)? ¿Existe un deber de los funcionarios de competencia para reportar presuntos casos de corrupción que se hayan encontrado durante la investigación de casos de manipulación de licitaciones? De ser así, ¿ha ocurrido esto alguna vez?***

Por lo mencionado en la pregunta anterior, no se han establecido acuerdos de cooperación institucional entre la autoridad de competencia y las encargadas de velar por la transparencia en el país. Sin embargo, como se discutió anteriormente, las autoridades son conscientes de la necesidad de establecer dichos acuerdos de cooperación.