

Colusión o Corrupción en el mercado de la contratación pública Ecuatoriano.

Gilberto Gutiérrez

¿La adquisición de bienes o servicios por parte del Estado constituye un mercado? Si, ya que el mercado es la institución en la cual se intercambian libremente bienes y servicios y, para el caso de regímenes especiales como la contratación pública, se han establecido estrictos parámetros de control y austeridad en la asignación de recursos públicos, con el fin de garantizar que el colectivo social pueda acceder a bienes y servicios públicos de calidad. Esto se logra en la medida en que se propenda a la participación del mayor número de oferentes, que permita a los consumidores o usuarios, o en este caso al Estado, escoger la mejor opción que se adapte a sus necesidades; generando mayor capacidad de innovación entre los productores o proveedores, es decir, competencia y competitividad.

La Colusión, para José Antonio Gaspar y Fernando Araya Jasma radica en el hecho de que, “(...) *participantes reales o potenciales en uno o más procesos licitatorios alcanzan acuerdos con el propósito de eliminar o restringir la competencia que se esperaba tuviera lugar en dichos Procesos (...)*”.¹ A priori, se interpreta que la colusión se suscita sólo entre operadores económicos licitantes (públicos o privados) que compiten en un proceso de contratación pública, pero tal interpretación es limitada, pues la colusión tiene dos dimensiones²: La primera se da cuando los operadores acuerdan aumentar sus ganancias de manera ilícita por medio de posturas coordinadas ilegalmente en perjuicio del ente contratante. La segunda es el ilícito en el cual el contratante acuerda compartir con el operador económico adjudicado, las ganancias extraordinarias producidas por un aumento ilegal del precio adjudicado, es decir, un acuerdo entre contratante y contratista que tradicionalmente se le conoce como corrupción mas no colusión³.

En Ecuador, la Constitución de la República y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ordenan que toda contratación, prevista en la ley, se debe realizar a través del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) procurándose las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad. Concatenado con ello, en el año 2011, el Presupuesto General del Estado fue de USD \$23.950.249.957,03 del cual el 41.16% se canalizó a través del SNCP. Según la OCDE, la región latinoamericana ocupa el tercer lugar en frecuencia de pagos irregulares a autoridades públicas por actividad de gobierno, lo cual nos lleva a pensar que es

¹ Revista chilena de derecho Privado. Derecho Corporativo y de Libre Competencia. Nº 18, pp. 223-241 [julio 2012].

² Los países OCDE luchan sobre manera por extinguir ambas dimensiones o radios de acción, sin embargo, reconocen que el segundo modelo, es el más dañino en términos de percepción política y de transparencia del sistema de contratación de un Estado, conllevando esto a que los potenciales competidores limiten su participación a ciertos mercados, generando al final un mercado con precios ineficientes menor competencia.

³ Los países OCDE luchan sobre manera por extinguir ambas dimensiones o radios de acción, sin embargo, reconocen que el segundo modelo, es el más dañino en términos de percepción política y de transparencia del sistema de contratación de un Estado, conllevando esto a que los potenciales competidores limiten su participación a ciertos mercados, generando al final un mercado con precios ineficientes menor competencia.

cardinal la regulación jurídica⁴ de la colusión en contratación pública. Sin embargo de ello, en el Ecuador no se ha definido un marco legal moderno que faculte a instituciones como la Contraloría General del Estado o la Secretaría General de Transparencia el investigar y sancionar casos de colusión; así como tampoco, se otorgó esta potestad al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP).

La realidad nacional es que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que dispone en su Artículo 1 “(...) *la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios (...)*”, Ecuador cuenta con un marco legal que crea una autoridad competente para conocer las prácticas colusorias en contratación pública; así como también, un marco normativo preventivo y sancionatorio moderno, sin embargo, el legislador ha omitido el tratamiento de la segunda dimensión de la colusión entendida como la surgente entre contratante y el contratista.

A pesar de tal omisión, el ordenamiento jurídico prevé otras normas que pueden sancionar la corrupción (entre funcionario/contratante y contratista) en aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Sobre este particular existe un precedente en el año 2009 cuando el entonces, Director Ejecutivo del INCOP, Dr. Jorge Luis González, al constatar la existencia de 244 declaratorias de emergencia por parte de entidades contratantes, puso a disposición de la Contraloría General del Estado los expedientes a fin de que se constate la legalidad de las contrataciones. Por lo que se puede indicar que el Ecuador sí cuenta con una regulación y autoridad que sancione la colusión en la relación (servidor público-contratista).

Será la aplicación e internalización de las leyes de Contratación Pública, de Regulación y Control del Poder de mercado y, de la Contraloría General del Estado capaces de disminuir los actos de corrupción y colusión en las compras públicas?

Es irrefutable que la aplicación estricta de la norma, su concientización entre los entes del Estado y contratistas, así como de su eficacia sancionatoria lograrán un efecto disuasivo en la comisión de prácticas colusorias⁵. Sin embargo, es menester que las autoridades sancionadoras de este ilícito; cuenten con equipos de talento humano capacitados en la materia, a fin de que aumente la detección y sanción de estos delitos.

⁴ Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Comisión Federal de Competencia (CFC), “(...) cuando se presentan actos de colusión en los procesos de compras públicas, los gobiernos acaban gastando más de lo que hubieran gastado en condiciones de competencia. Según la experiencia de los países de la OCDE, la cartelización de los proveedores aumenta el costo de los bienes y servicios en aproximadamente 20%.(...)”

⁵ Las formas de colusión en la contratación pública mundial pueden desarrollarse a través de formas como: Acuerdo para aumentar, bajar o mantener precios; Acuerdo de no negociar precios; Acuerdo para limitar descuentos rebates; Acuerdo en fórmulas de precios o alineamientos/estrategias comunes, teniendo todas una constante en común, el perjuicio al gasto público y a los ciudadanos que solventan este gasto.

Resta esperar a que la implementación coordinada de marcos jurídicos normativos por parte de las autoridades de libre competencia y contratación pública, sea la receta que permita mitigar los efectos de la colusión en la contratación pública.